This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

D&Aug 1922

HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb 15 1923

Digitized by Google

825

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. **W. Burckhardt** in Bern, Notar **J. Fellmann** in Bern, Oberrichter **Folletête** in Bern, Bundesrichter Dr. **V. Merz** in Lausanne, Oberrichter Dr. **P. Meyer von Schauensee** in Luzern, Obergerichtsschreiber **H. Mosimann** in Bern, Bundesrichter Dr. **A. Reichel** in Lausanne, Kammerschreiber **A. Rollier** in Bern, Oberrichter Dr. **H. Spillmann** in Solothurn, Kammerschreiber **F. Stämpfli** in Bern, Bundesrichter **A. Stooss** in Lausanne, Prof. Dr. **Thormann** in Bern und Fürsprecher **F. Zeerleder** in Bern

redigiert von

Dr. **Max Gmür**, Professor des Rechts in Bern.

Der Zeitschrift des bern. Juristenvereins" XLIV., des „Monatsblatt für bern. Rechtsprechung" XXV. Jahrg.

Vierundvierzigster Band.

Jahrgang 1908.

BIEL
Druck und Expedition W. Gassmann
1908.

Digitized by Google

FEB 1 5 1923

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis

zum

XLIV. Bande der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

(Monatsblatt für bern. Rechtsprechung Bd. XXV)

von Dr. **Paul Wäber.**

I. Abhandlungen.

Dr. *P. Wäber*, Bern: Vereinheitlichung der Zitiermethode in der schweizerischen Rechtswissenschaft. *S. 1, 57.*

Prof. Dr. *W. Burckhardt*, Bern: Une nouvelle forme de l'initiative constitutionnelle fédérale. *S. 7.*

Prof. Dr. *M. Gmür*, Bern: Die Haftpflicht der Automobile. *S. 10, 62, 113.*

A. Reichel, Bundesrichter, Lausanne: Die Revision der internationalen Uebereinkunft über den Zivilprozeß. *S. 122, 169.*

Prof. Dr. *W. Burckhardt*, Bern: Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen durch den Richter nach bernischem Recht. Gutachten, im Auftrage der Justizdirektion des Kantons Bern erstattet. *S. 225, 297.*

Dr. jur. *Wimmer*, Oberpostsekretär, Bern: Die juristische Natur des Postanweisungsgeschäftes nach schweizer. Recht. *S. 353, 409.*

Dr. *L von Tscharner*, Fürsprecher, Bern: Zur Geschichte des Minorates und der Majorate im alten Bern. *S. 465, 529.*

Oberrichter *F. Büzberger*, Bern: Grabrede auf Obergerichtspräsident Dr. Leuenberger †. *S. 471.*

Dr. H. *Rohr*, Obergerichtsschreiber, Aarau: Das Institut bundesrechtlicher Genehmigung in Beziehung auf rechtsnormative kantonale Akte nach schweizerischem Bundesstaatsrecht. *S. 585.*

Dr. *E. Huber*, Bundesgerichtssekretär, Lausanne: Der Gerichtsstand der Widerspruchsklage. *S. 649.*

II. Verschiedenes.

Aus dem Kreisschreiben der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes an die Gerichtspräsidenten des Kantons, vom 23. November 1907. *S. 14.* — Verzeichnis der im Jahre 1907 im Kanton Bern erlassenen Gesetze, Dekrete und regierungsrätlichen Verordnungen, Beschlüsse und Kreisschreiben von allgemeiner Tragweite, von Dr. P. Wäber. *S. 312.* — Hauptversammlung des bern. Juristenvereins. *S. 540, 603, 648, 663.* — Civilgesetzbuch *S. 69.* — Zum 20. März 1908. *S. 178.* — Eidgenössische Gesetzgebung. *S. 179. 358.* — Bernisches Gesetz betreffend die Einführung des schweiz. Zivilgesetzbuches. *S. 358.* — Bundesgericht. *S. 70.* — Bernisches

Digitized by Google

Obergericht. *S. 70. 539.* — Gewerbegericht der Stadt Bern. *S. 315.* — Universität Bern. *S. 179, 315.* — Schweizerischer Juristenverein. *S. 179.* — Bernische Fürsprecherprüfung. *S. 359. 539.*

III. Sprechsaal.

Zum Problem der Justiz- und Kriminalstatistik des Kantons Bern Von Dr. C. Mühlemann. *S. 181.*

Gründung einer Aktiengesellschaft, wobei mehr als drei Viertel des Aktienkapitals von Apportanten gezeichnet sind. Von R. Schnyder, Handelsregisterführer. *S. 415.*

Bernische Fürsprecherprüfungen. Von H. Mosimann. Obergerichtsschreiber. *S. 417.*

IV. Literaturanzeigen.

Martin-Achard, M., Dr en droit: De la réparation pécuniaire du tort moral. *S. 180.* — *Aufsichtsbehörde* in Betreibungs- u. Konkurssachen für den Kanton Bern, Jahresbericht. *S. 678.* — Dr. R. *Bader*, Kommentar zum Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Anfenthalter. *S. 360.* — Dr. F. *Baumgarten* und Dr. A. *Meszléry:* Kartelle und Trusts. *S. 361.* — *Bayrischer* Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, Sammlung der Entscheidungen. *S. 18.* (Referent: Dr. W. Burckhardt.) — *de Blonay:* Annales de Jurisprudence, tome 14. *S. 130.* — Prof. Dr. E. *Blumenstein:* Die Grundlagen einer Neugestaltung der bernischen Verwaltungsrechtspflege. *S. 542.* — Bulletin des lois etc. du canton de Berne, tome IV, Justice, 3me volume. *S. 543.* — Dr. E. *Curti:* Sämtliche Entscheidungen des schweizer. Bundesgerichts. 1. Fortsetzung, Bd. 25—30. *S. 130.* — Prof. A. *Egger:* Der Rechtsschutz des Kindes. *S. 180.* — Festgabe für den schweizerischen Juristenverein. *S. 678.* — Prof. Dr. *Gerland:* Die englische Gerichtsverfassung in ihrer gegenwärtigen Entwicklung und die deutsche Gerichtsreform. *S. 130.* — Dr. R. *Glücksmann:* Grundriß des Wechselrechts und Wechselverkehrs. *S. 307.* — Prof. Dr. E. *Hafter:* Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. *S. 675.* — W. *Heinzerling:* Prüfung und Kritik einer Bilanz. *S. 361.* — Prof. Dr. Max *Huber:* Die Fortbildung des Völkerrechts. *S. 542.* — A. *Korn:* Handbuch des deutschen Zivilrechts mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. *S. 679.* — Dr. H. *Korrodi:* Die strafrechtliche Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes. *S. 675.* — Kriminalstatistik des Kantons Bern pro 1901—1905. *S. 181.* — Dr. Hans *Leemann:* Der schweizerische Verlustschein. *S. 73.* — A. *Martin:* Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. *S. 70.* — Dr. Eugen *Meier:* Die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach schweizerischem Recht. *S. 71.* — Prof. Dr. *Meili:* Die drahtlose Telegraphie im internen Recht und Völkerrecht. *S. 19.* — J. C. Bluntschli. *S. 180.* — Bartolus. *S. 246.* — Das Luftschiff im internen Recht und Völkerrecht. *S. 542.* — O. *Nippold:* Die zweite Haager Friedenskonferenz. *S. 679.* — L. *Rehfous* et A. *Martin:* Introduction à l'étude du code civil suisse. *S. 678.* — N. *Reichesberg:* Soziale Gesetzgebung und Statistik. *S. 245.* — V. *Rossel:* Le premier essai d'une codification du droit civil en Suisse. *S. 244.* — Code civil suisse. *S. 245.* — V. *Rossel* und F. H. *Mentha:*

Digitized by Google

Manuel du droit civil suisse. *S. 677.* — E. *Röthlisberger:* Die Sonder-Literaturverträge des Deutschen Reiches. *S. 679.* — Dr. V. E. *Scherer:* Die Haftpflicht des Unternehmers. *S. 361.* — J. *Schollenberger:* Geschichte der schweizerischen Politik. *S. 317.* — Dr. Bruno *Schulz:* Hilfsbuch zur Einführung in die Praxis der österreichischen politischen Verwaltung. *S. 540.* — Emil *Seckel:* Gedächtnisrede auf Heinrich Dernburg. *S. 130.* — Prof. Dr. J. *Sieber:* Das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr, sein Erwerb und Verlust. *S. 15.* (Referent: A. Reichel.) — *Sohm:* Institutionen, 13. Auflage. *S. 129.* — Dr. Th. *Sternberg:* Aktionenwissenschaft und Prozeßwissenschaft. *S. 545.* — Prof. Dr. C. *Stooss:* Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. *S. 674.* — *Systematische* Rechtswissenschaft. *S. 129.* — A. von *Thur:* Die unwiderrufliche Vollmacht. *S. 361.* — P. de *Tourtoulon:* Les principes philosophiques de l'histoire du droit. *S. 676.* — Dr. L. S. *von Tscharner:* Rechtsgeschichte des Obersimmenthales bis zum Jahre 1798. *S. 544.* — H. *Türler:* Die Grands Plaits zu Neuenstadt. *S. 544.* — Bericht des eidgen. *Versicherungsamtes* pro 1906. *S. 545.* — Schweizerische Versicherungszeitschrift *S. 545.* — Dr. H. M. *Vollenweider:* Beitrag zur Theorie der juristischen Person. *S. 542.* — Dr. P. *Wäber:* Verzeichnis juristischer Abkürzungen. *S. 677.* — Pfarrer M. *Waldburger:* Eidgenössisches und st. gallisches Sonntagsrecht. *S. 360.* — Friedrich Emil *Welti:* Beiträge zur Geschichte des ältern Stadtrechtes von Freiburg im Uechtland. *S. 316.* — Prof. Dr. C. *Wieland:* Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht. *S. 245.* — *Wolf:* Die schweizerische Bundesgesetzgebung. *S. 317.* — Schweizeriches *Zivilgesetzbuch. S. 244.* — Ausgabe des schweiz. *Zivilgesetzbuches* in den drei Nationalsprachen. *S. 316.* — Prof. Dr. E. *Zürcher:* Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich. *S. 675.*

V. Rechtsprechung.

A. Gerichtliche Entscheidungen.

1. Bundesgericht.

a) Staatsrechtliche Entscheidungen.

Art. *46* B. V. Erbschaftssteuer vom Nachlaß eines Bevormundeten, der in einem andern Kanton als demjenigen des Sitzes der Vormundschaftsbehörde wohnte; zuständige Steuerbehörde. *S. 549.*

Art. *50* B. V. Glaubens- und Kultusfreiheit; Mormonen. *S. 550.*

Art. *59* B. V. Ordnungsbußen und Prozeßentschädigung, von einem inkompetenten Richter ausgesprochen. *S. 317.*

Nidwaldner Verfassungsrecht; Eigentumsgarantie: Verletzung durch regierungsrätliche Verordnung. *S. 186.*

Berner Verfassungsrecht. Authentische Interpretation; Beschluß des Großen Rates betr. selbständige Quellenrechte; Verfassungsmäßigkeit. *S. 246.*

Pat. T. G. Art. 1. Begriff der „Geschäftsleute"; öffentliche Verwaltungen oder Beamte zählen nicht dazu. *S. 101* (Kassationshof). — Art. 2. Begriff der Handelsreisenden. *S. 426.*

Civr. Verh. G. Art. 33. Internationales Vormundschaftsrecht. Gegenrecht seitens Deutschlands. *S. 74.*

Elektr. G Art. 46. Starkstromleitungen; kantonale Straßenpolizei. *S. 369.*

Digitized by Google

b) Zivilrechtliche Entscheidungen.

Ehescheidung; Ehe Sch. Abk.; Deutsche, in der Schweiz niedergelassen, Scheidungsklage, Gerichtsstand; Kompetenz des Bundesgerichts. *S. 75.*

O. R. Art. 18, 19. Wesentlicher Irrtum. *S. 550.*

Art. 50 ff., 62. Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden der Angestellten. *S. 185.*

Art. 50 ff., 61. Haftung des Familienhauptes für einen minderjährigen Sohn. *S. 186.*

Art. 69, 671. Verantwortlichkeit der Gründer einer Aktiengesellschaft; Verjährung; Beginn des Laufs. *S. 247.*

Abtretung grundversicherter Forderungen, anwendbares Recht. *S. 75.*

Verrechnung im Konkurse. *S. 425.*

Konventionalstrafe zur Sicherung einer Verpflichtung, nicht zu beleidigen. *S. 249.*

Gemeinde als Inhaberin einer Wasserversorgungsanlage; Natur ihres Rechtsverhältnisses zu den Wasserbezügern. *S. 680.*

Art. 348 O. R. Verantwortlichkeit des Arztes. *S. 248.*

Succession in den *Werkvertrag. S. 368.*

Fracht-Konv., Art. 8, Abs. 4. Frachtbrief; Beweiskraft gegenüber der Endbahn. *S. 131.*

Starkstromanlagen; Kollision mit Telegraphen- und Telephonanlagen auf Bahngebiet. Pflicht zur Tragung der Kosten der Versicherungsmaßnahmen. Elektr. G. Art. 9, 10, 17. *S. 427.*

Schiedsklausel; Einfluß des Konkurses. *S. 75.*

Aktiengesellschaft, Verantwortlichkeit der Gründer, Verjährung. *S. 247.*

Art. 876. Namen- und Firmenrecht. *S. 316.*

Versicherungsvertrag zu Gunsten eines Dritten; Anfechtung. *S. 479.*

Lebensversicherung; unwahre Angaben im Versicherungsantrag; Kenntnis der Agentur von ihrer Unwahrheit. *S. 611.*

Haftpflicht aus Gewerbebetrieb. Begriff des Betriebsunternehmers. *S. 20.*

Begriff des Betriebsunfalls. *S. 21.*

E. H. G., Art. 1. Einrede des Verschuldens Dritter. *S. 76.*

Markenschutz, falsche Herkunftsbezeichnung. *S. 76.*

Erfindungsschutz; Rechte aus dem Patentierungsgesuche; Abtretung, Gültigkeit. *S. 130.*

Sch. K. G., Art. 86. Rückforderungsklage; bezieht sich nicht auf bezahlte Steuerforderungen. *S. 264.*

Pfändung einer Forderung; Erwerb von Forderungen an den Pfändungsschuldner seitens des Schuldners der gepfändeten Forderung nach der Pfändung. Nachherige Konkurseröffnung über den Pfändungsschuldner; Einrede der Verrechnung des Drittschuldners. *S. 425.*

Kollokationsstreit; Rechtsstellung der Masse als beklagter Partei. *S. 131.*

Anfechtungsklage von einem Gläubiger vor Eröffnung des Konkurses gegen einen Dritten a gehoben; Wirkung der Konkurseröffnung. *S. 320.*

— Art. 291. Solidarität mehrerer Beklagter. *S. 322.*

— Art. 286, 288. Versicherungsvertrag zu Gunsten eines Dritten. *S. 479.*

Digitized by Google

2. Gerichte des Kantons Bern.

a) Zivilrecht. *)

1. Personen- und Familienrecht.

Civr. Verh. G.; Art. 3. *Handlungsunfähigkeit*, insbesondere Testirunfähigkeit. *S. 562.*

Prozessfähigkeit der Ehefrau als Zivilpartei im Strafprozeß *S. 335.* (Polizeikammer).

Civr. Verh. G.; Art. 19. *Eheliches Güterrecht. S. 26.*

Ehescheidung; Vereinigung zu einem gemeinsamen Scheidungsbegehren; Zulässigkeit in oberer Instanz? *S. 77.*

Vaterschaftsprozess. Entscheid betreffend Entschuldbarkeit der Nichterfüllung der Schwangerschaftsdiligenzien mit dem Urteil zu verbinden. Satz. 188 C. *S. 279.*

— Satz. 190 C. Paternitätsklage einer Schweizerin gegen einen im Kanten Bern domizilierten Schweizer; Zuständigkeit der bernischen Gerichte. *S. 647.*

2. Sachenrecht und geistiges Eigentum.

Pertinenzen; Pferde- und Wagenmaterial einer Fuhrhalterei? *S. 553.*

Satz. 371 C. Spolienklage: gewaltsame Verdrängung aus dem Besitz. *S. 333.*

Verbots-, bezw. Negatorienklage; laudatio auctoris. S. *437.*

Miteigentum; Verfügung der Mehrheit betreffend die Substanz oder eine wesentliche Veränderung der Benutzungsart; Verbindlichkeit für die an die Gemeinschaft gebundene Minderheit. Vorbehalt des Ortsgebrauchs mit Bezug auf gemeinschaftliche Wälder, Alpen und Weiden. Satz. 397, 398 C. *S. 257.*

Stockwerkseigentum ist dem bernischen Rechte unbekannt. *S. 322.*

Satz. 380 C. Nachbarrecht: actio negatoria; Störung durch den Betrieb einer Druckerei. *S. 192.*

Dienstbarkeiten, persönliche oder dingliche? Inhalt dinglicher Dienstbarkeiten, Entstehung, Erfordernis. Gegenseitige Dienstbarkeiten, Entstehung. Nachbarrecht, Satz. 380 C. *S. 132.*

Satz. 487 C; § 65 E. G. zum Sch. K. G. Verhaftung der natürlichen und zivilen Früchte durch das Grundpfandrecht an der Hauptsache; Tragweite. Begriff des Bezugs ziviler Früchte. Verhältnis der beiden Gesetzesbestimmungen. *S. 488.*

Satz. 816 C. Vorkaufsrecht und Wiederlosungsvorbehalt; rechtliche Natur; zeitliche Beschränkung. *S. 259.*

Zugrecht; Entstehung, rechtliche Natur, Verzicht, Ausübung für einen andern. *S. 31.*

— Kauf- oder Tauschvertrag; Simulation. *S. 482.*

— Satz. 830 C. Streit über Begründetheit oder Höhe der Ansprüche des Liegenschaftserwerbers an den Züger; ordentliches Verfahren. *S. 699.*

Patentrecht; patentfähige Erfindung; Frage der Neuheit; Kombination bekannter technischer Konstruktionen; originelle Idee. *S. 199.*

---

*) Wo nichts anderes bemerkt, Entscheidungen des Appellations- und Kassationshofes.

Digitized by Google

Markenschutz. Mark.-Sch. G., Art. 31; provisorische Verfügungen: Gerichtsstand. *S. 203.*

3. Obligationenrecht und Haftpflicht.

Rechtsgeschäft, *schriftliche Beurkundung;* Erfordernisse. *S. 566.*
Abstrakte *Schuldanerkennung,* Bestreitung; Substanziirung der Bestreitung. *S. 504.*
Art. *48* O. R. Verantwortlichkeit des falsus procurator. Verpflichtung auf das negative Vertrags-, nicht das Erfüllungsinteresse. *S. 500.*
Art. *50* ff. O. R. Haftung des Anwalts für in den von ihm verfaßten Rechtsschriften enthaltene Ehrverletzungen. Einrede der Wahrung der Interessen seiner Partei. *S. 191.*
— Klage aus concurrence déloyale; Voraussetzungen. *S. 429.*
— Umfang des durch Art. 50 ff. gewährten Rechtsschutzes; Art. 64, 76: Verletzung einer dem Beklagten kraft öffentlichen Rechts obliegenden Pflicht. Verantwortlichkeit von Gemeindebeamten für den durch ihre Pflichtvernachlässigung entstehenden Schaden. *S. 621.*
Art. 59 betr. Nichtgebundenheit des Richters in Bezug auf die Entschädigungsfrage an die strafrechtlichen Bestimmungen über Zurechnungsfähigkeit, Notwehr u. s. w., gilt auch für den Adhäsionsprozeß. *S. 335.* (Polizeikammer).
Art. 62, 55. Haftung des Geschäftsherrn für Schaden, den der Angestellte anrichtet, auch für immateriellen? für Prozeßkosten des Verletzten aus dem Prozesse gegen den schädigenden Angestellten? Solidarhaft des Geschäftsherrn neben dem Angestellten? *S. 559.*
Art. 67. Haftung des Eigentümers, Voraussetzungen; Selbstverschulden des Verletzten. *S. 552.*
Art. *87* O. R. Fixgeschäft; Begriff; Lieferung „auf Anfang Juni". *S. 502.*
Art. *104* O. R. Einwendung der Schuldtilgung; der Besitz der Schuldurkunde genügt nicht, nur der Beweis ihrer Rückgabe. *S. 194.*
Art. *122* ff., 346, 354, 355 O. R. Positive Vertragsverletzungen; Einrede der entgegenstehenden gewichtigen Interessen. *S. 432.*
Verjährung; anwendbares Recht. *S. 504.*
Art. *165* O. R. Solidarhaft des Geschäftsherrn neben dem Angestellten in Fällen des Art. 62 O. R.? *S. 559.*
Art. *188* O. R., Art. 7 F. H. G. Gerichtliche Hinterlegung des geschuldeten Betrages im Falle des Zweifels darüber, wem eine Forderung zustehe; Voraussetzungen. *S. 396.*
Eigentumsvorbehalt oder Rücktrittsklausel (Art. 264 O. R.). Frage der Existenz des Eigentumsvorbehalts: Kriterien. *S. 195.*
— Im Konkurs des Käufers; Geltendmachung; Wertminderung der Kaufsache; Haftbarkeit des Käufers für den Kaufpreis. *S. 198.*
Hypothekarische *Mitverpfändung* von Mobilien als Zubehörden von Liegenschaften; Pertinenzgesetz vom 13. März 1904. Pferde- und Wagenmaterial eines Fuhrhalters? *S. 553.*
Kaufvertrag. Liegenschaftskauf; Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung von Hypothekarzinsen; Nichterfüllung, Grund zum Rücktritt des Käufers. Art. 122, 242 O. R. *S. 251.*

Digitized by Google

— Kaufvertrag um hypothekarisch belastete Immobilien; Erfordernis der amtsnotarialischen Beurkundung. *S. 259.*
— Lieferungskauf; mangelhafte Qualität einzelner Lieferungen; Rechte des Empfängers. Art. 243 ff. O. R. *S. 432.*
— Kauf- oder Tauschvertrag? Simulation. *S. 482.*
Werkvertrag; Art. 362 Abs. 2 O. R. Begriff des „Bauwerkes". Wasserleitung für zwei Häuser. *S. 143.*
— Haftung für Werkmängel; Annahme des Werkes durch den Besteller; Wirkungen. *S. 616.*
Auftrag. Art. 398 O. R; § 17 Advokatengesetz. Pflicht des Anwaltes zur Herausgabe von Prozeßakten an den gewesenen Klienten. *S. 643.* (Obergericht).
— Mäklervertrag. Tätigkeit des Mäklers. Kausalnexus zwischen derselben und dem Geschäftsabschlusse. Tätigkeit zweier Mäkler; welcher ist provisionsberechtigt? *S. 327.*
E. Tr. G. Art. *45.* Verjährung, Unterbrechung durch Anstellung der Klage; genügt Anhebung der Betreibung? *S. 497.*
Art. *472, 473* O. R. Geschäftsführung ohne Auftrag. *S. 434.*
Art. 564 O. R. Aufgelöste Kommanditgesellschaft; persönliche Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsschulden; fristliche Einrede der vorherigen Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens. *S. 372.*
Art. *545, 596* O. R. Kommanditgesellschaft. Freiwilliger Austritt eines Gesellschafters; Rechte des austretenden Kommanditärs am Gesellschaftsvermögen. *S. 441.*
Wechselrecht. Tratte; Unterlassung der Präsentation und der Protesterhebung beim Bezogenen; Abweisung, aus diesem Grunde, der Klage gegen den Wechselbürgen. *S 372.*
Regreßanspruch des einlösenden Wechselindossanten gegen den Aussteller; Art. 769 O. R. *S. 394.*
Firmenrecht; Umfang und Gegenstand des Firmenschutzes. *S. 429.*
Versicherungsvertrag. Unfallversicherung; Ausschluß wegen Sehschwäche; Umschreibung einer die Versicherung ausschliessenden Invalidität. Erhöhte Unfall-, bezw. Schadensgefahr. *S. 78.*
— Haftpflichtversicherung. Eigenes Verschulden des Versicherten? Umfang des vom Versicherer übernommenen Risiko's; dasselbe schließt auch Fahrlässigkeit des Versicherten ein. Widerhandlung gegen Art. 2 Fabr. G. *S. 252.*
— Versicherungsklausel, gestützt auf Unterlassung der Anzeige eintretenden Vermögensverfalls. *S. 256.*
Eisenbahnhaftpflicht. E. H. G. Art. 1. Begriff des „Hülfsarbeiters". *S. 617.*
Fabrikhaftpflicht. Betriebsunfall. Entschädigung, Berechnung. Abzug für Zufall und Kapitalabfindung. *S. 22.*
Elektr. G. Art. *27.* Tötung einer Person durch elektrischen Strom; Schadensanspruch; wer ist entschädigungsberechtigt? Art. 52 O. R. *S. 326.*

4. Erbrecht.

Testierfähigkeit Mehrjähriger, beurteilt sich nach Bundes-, nicht kantonalem Rechte: Ziv. Verh. G. Art. 3. *S. 562.*
Erbvertrag, unerläßlicher Inhalt: gegenseitige Aufhebung des Noterbrechts. Ein auf Erhaltung des Noterbrechts gerichteter „Ehetag" ist ungültig. *S. 250.*

Digitized by Google

5. Code civil français.

Art. *625*. Droit d'habitation. Incendie de la maison grevée rendant le logement impropre à être habité; le droit prend fin et ne renait pas à la suite de réparation de l'immeuble. *S. 188.*

Loi du 26 février 1888, Art. 4 nº 4. Signification du mot „tiers". Protection de la possession. *S. 495.*

Art. *931*. Donation rémunératrice, soumise aux formes de la donation entre vifs, nulle, si ces formes ne sont pas observées. *S. 489.*

Art. *1421*. Mari, administrateur des biens de la communauté; responsabilité envers la femme. *S. 86.*

Art. *1499*. Partage d'une communauté d'acquêts. Apports mobiliers des conjoints, preuve de leur consistance, évaluation en bloc, inventaire. *S. 86.*

— Partage, validité entre parties. Rapport, dispense. *S. 370.*

b) Zivilprozess und Advokatur.*)

§ *1* P. Prüfung der Kompetenz der Zivilgerichte von Amtes wegen; Art. 23*b* Gesetz vom 23. März 1854. *S. 46* (Obergericht).

§ 26 Wasserbaupolizeigesetz; Schwellentelle, öffentliche Leistung. *S. 46* (Obergericht).

Verpflichtung des Grundbesitzers zur Zahlung der Kosten einer Vermessung gemäß Gesetz vom 18. März 1867. Streit darüber öffentlich-rechtlicher Natur. *S. 153* (Obergericht).

Schadensersatzanspruch wegen Mißbrauchs des öffentlichen Benützungsrechtes einer Straße ist zivilrechtlicher Natur, ebenso der Streit über Beziehungen des Bergwerkskonzessionärs zu den durch seine Unternehmung betroffenen Drittpersonen. *S. 270* (Obergericht).

Viehversicherungsgesetz; Streitigkeiten über die Pflicht zur Leistung von Versicherungsbeiträgen an Viehversicherungskassen sind öffentlich-rechtlicher Natur. *S. 646* (Obergericht).

Kompetenz. Klage des Arrestnehmers: forum arresti; Art. 59 B.V. *S. 487.*

Vaterschaftsklage; örtliche Zuständigkeit. *S. 647.*

Streitgenossen; Reform; Erfüllung der Diligenzieu. *S. 45.*

Laudatio auctoris gegenüber Verbots-, bezw. Negatorienklage. *S. 437.*

Rechtsversicherung. Haager Konvention; Nachweis des Wohnsitzes; Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 Zivr. Verh. G. *S. 495.*

§§ *61*, 63 P. Substituirt bevollmächtigter Anwalt, Legitimation. *S. 43.*

Art. 240 Sch. K. G. Konkursverwaltung; Legitimation zum Auftreten vor Gericht namens der Masse; keine Vollmacht der Gläubigerversammlung erforderlich. *S. 615.*

§ *65* P. Pflicht des Richters, über die Einhaltung des richtigen Verfahrens zu wachen (ordentliches Verfahren oder Verfahren in Haftpflichtfällen?). *S. 701.*

§ *68* P. Veränderung des Wortlautes einer Rechtsschrift, erlaubte Berichtigung oder Aenderung des Parteivortrages. Kompetenz des urteilenden Gerichts zur Entscheidung dieser Frage? *S. 103.*

*) Wo nichts anderes bemerkt, Entscheide des Appellations- und Kassationshofes.

Digitized by Google

Reform; Streitgenossen; Erfüllung der Diligenzien. *S. 45.*
Zulässigkeit im Rechtsöffnungsverfahren. *S. 394.*
§ *79* P.; § 40 E. G. zum Sch. K. G. Ladungsfrist im Rechtsöffnungsverfahren. *S. 647.*
§ *89* P. Terminsverschiebungsgesuch, Abschlag, Beschwerde. *S. 281.*
§ *104* P. Verhandlung über Erlaß einer provisorischen Verfügung in den Gerichtsferien. *S. 281.*
§ *110* P. Rektifikation eines Verhandlungsprotokolls; kein Beschwerderecht. *S. 107.*
§ *126* P. Sachliche Kompetenz, vom Richter von Amteswegen zu prüfen. Streitwert. Berechnung; maßgebend ist das Rechtsbegehren der Klage. *S. 695.*
§ *127* P. Streitwert: subjektive Klagenkumulation; Zusammenrechnung, Voraussetzung. *S. 37.*
§ *132*, Ziff. 4, P. Aberkennungsklage, Bezeichnung des eingeklagten Rechts. *S. 639.*
§ *136*, Ziff. 2, P. Prüfungspflicht des Richters mit Bezug auf die Abfassung der Klage. *S. 639.*
Recht des Richters, einen Zivilprozeß auch in gesetzlich nicht vorgesehenen Fällen einzustellen; eine Verpflichtung des Richters hiezu besteht nicht. *S. 706.*
Widerklage; Zulässigkeit bei Kompensationsverhältnissen. *S. 199.*
Einreichung eines Zwischengesuchs des Klägers in der für die Anbringung der *Replik* anberaumten Frist. *S. 636.*
Beweisverfahren. Zeugnis- und Eidespflicht. *S. 46.*
Erläuterungsfrage an Zeugen; Entscheid über Zulassung; keine selbständige Beschwerde. *S. 280.*
§ 243 P. Parteieid; Beweisentscheid. Tatsachen, welche die Ehre des Eidesdelaten berühren. *S. 187.*
§ 251, Abs. 2, P. Leistung des Parteieides vor der kompetenten Gerichtsstelle des Wohnortes des Eidesdelaten. *S. 642.*
Urteil. Regreßprozeß; Berechtigung des Klägers, die Prozeßkosten des Hauptprozesses zum Schadensbetrag hinzuzurechnen? Kompetenz des urteilenden Gerichts zur Entscheidung der Frage. *S. 105.*
Satz. 188 C. Vaterschaftsprozeß. Entscheidung betreffend Entschuldbarkeit der Nichterfüllung der Schwangerschaftsdiligenzien, ist mit dem Urteil zu verbinden. *S. 279.*
Kompetenzverfahren vor dem Gerichtspräsidenten; Mitteilung des Verhandlungstermins an den Kläger. *S. 637.*
Zugrecht; Streit über Begründetheit oder Höhe der Ansprüche des Liegenschaftsbewerbers an den Züger, im ordentlichen Verfahren zu erledigen. *S. 699.*
Kosten; Bestimmung im amtsgerichtlichen Kompetenzverfahren; Beschwerde, Voraussetzungen. *S. 641.*
§§ *320, 331, 337* P. Unterziehung des Beklagten in der Hauptsache; Kostenurteil; Forumsverschluß. *S. 612.*
§ *326* P. Schadenersatzanspruch; im Adhäsionsprozeß prinzipiell zugesprochen; Festsetzung der Höhe. *S. 43.*
Appellation. §§ 335 ff. P., § 39 E. G. z. Sch. K. G. Unterlassung der Bescheinigung der Bezahlung der Appellationsgebühr in den Akten; Forumsverschluß von Amtes wegen. *S. 393.*
§ 40 E. G. Rechtsöffnung, Appellation: Unterlassung sofortiger Einreichung der Akten durch den Appellanten: Forumsverschluß von Amtes wegen. *S. 395.*

Digitized by Google

Nichtigkeitsklage. § 359 P. Schiedsgerichtsurteil. *S. 350.*
Der N. sind die für die Beurteilung notwendigen Prozeßakten beizulegen. *S. 637.*
Beschwerde. § 362 ff. P. Beschwerdediligenzien. Der Appellations- und Kassationshof prüft von Amteswegen, ob sie innegehalten worden sind. *S. 278.*
§ 40 E. G.; Rechtsöffnung, Beschwerde, Beschwerdegründe. *S. 350, 703.*
Rechtsverweigerung. Unrichtige rechtliche Würdigung des Prozeßstoffes ist nur, wenn sie rein willkürlich ist, Rechtsverweigerung. Kostenbestimmung nach Schluß der Gerichtssitzung. *S. 698.*
§ *387* P. Bedingter Abstand, Wirkung. *S. 701.*
§ *388* P. Deutsches Zivilgerichtsurteil; Exequatur; Voraussetzung der Erteilung. *S. 104, 154.*
Advokatur. § 17 Advokatengesetz, Art. 398 O. R. Pflicht des Anwalts zur Herausgabe von Prozeßakten an den gewesenen Klienten. Kompetenz des Obergerichts als Aufsichtsbehörde zur Entscheidung des Streites darüber. *S. 643.* (Obergericht.)

c) Schuldbetreibung und Konkurs.

(Appellations- und Kassationshof.)

Zwangsvollstreckung auf Sicherheitsleistung nur dann auf dem Wege der Schuldbetreibung, wenn die Sicherheit in Geld geleistet werden soll; Art. 38 Sch. K. G. *S. 393.*
Rechtsöffnung. § 40 E. G. Beschwerde; Beschwerdegründe. *S. 350.*
Gemeindesteuerforderung, die sich nicht auf das Staatssteuerregister stützt, Verweigerung der Rechtsöffnung; Anwendbarkeit des Gesetzes vom 23. März 1854. *S. 388.*
Nachsichtwechsel; Feststellung der Fälligkeit. *S. 390.*
Schuldanerkennung; Art. 82 Sch. K. G. Zahlungsversprechen in zweiseitigem Vertrage. *S. 392.*
Schuldbefreiungsgrund der gerichtlichen Hinterlegung. *S. 396.*
Verfahren. Zulässigkeit der Reform. *S. 394.*
§ 40 E. G. Appellation. Unterlassung sofortiger Einreichung der Akten durch den Appellanten. *S. 395.*
§ 40 E. G., § 79 P. Ladungsfrist. *S. 647.*
§ 40, Ziff. 5 E. G. Einrede des mangelnden Betreibungsortes; unzulässig. Rechtsöffnungsurteil, Beschwerde. Oertliche Zuständigkeit des Betreibungsamtes; Anfechtung nur durch Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. *S. 703.*
Art. *83* Sch. K. G.; Aberkennungsklage; Bezeichnung des eingeklagten Rechts. *S. 639.*
Konkurserkenntnis, Appellation, keine Berücksichtigung von nova vor Oberinstanz. *S. 401.*
Konkurs. Art. 211 Sch. K. G. Liquidierung zweiseitiger Verträge im Konkurse des einen Vertragskontrahenten. *S. 144.*
Ehefrau, die im ersten Konkurs des Ehemannes einen Verlustschein erhalten hat, berechtigt, ihr Konkursprivileg in einem neuen Konkurs des Ehemannes geltend zu machen. *S. 491.*
Art. 240 Sch. K. G. Konkursverwaltung, Legitimation zum Auftreten vor Gericht namens der Masse, keine Vollmacht der Gläubigerversammlung erforderlich. *S. 615.*

Digitized by Google

Pfandrechte, von Konkursgläubigern beansprucht; Entscheidung darüber durch den Kollokationsplan. Kompetenz der Gerichte, nicht der Aufsichtsbehörden, zur Feststellung des Umfangs des Pfandrechts im Konkurse. *S. 488.*

Arrest. Klage des Arrestnehmers; forum arresti; Art. 59 B. V. *S. 487.*

Art. 288 Sch. K. G. Anfechtungsklage, gerichtet gegen eine Pfandbestellung. *S. 256.*

d) Strafrecht. *)

Eine juristische Person oder ein Verein können nicht strafrechtlich verfolgt werden. *S. 340.*

Strafantrag; unrichtige juristische Qualifikation unerheblich. *S. 568.*

Verminderte *Zurechnungsfähigkeit;* fakultativer Strafmilderungsgrund in nicht kriminellen Fällen. *S. 268.*

Unterscheidungskraft der jugendlichen Delinquenten; Begriff. *S. 682.*

Notwehr; Begriff des rechtswidrigen Angriffs. *S. 39.*

Begünstigung nach bernischem Recht. Begünstigung, begangen im Kanton Bern, eines außerhalb desselben begangenen Deliktes. *S. 571.*

Hausfriedensbruch; widerrechtliches Verweilen. *S. 340.*

Unerlaubte Selbsthülfe; Art. 96 St. G. *S. 95.*

— Eigenmächtige Selbstpfändung. *S. 569.*

Fälschungsdelikte; Fragestellung im Assisenverfahren. *S. 272.* (Appellations- und Kassationshof.)

Fälschung einer Privaturkunde. Gebrauch der gefälschten Urkunde durch den Fälscher ist kein selbständiges Delikt. *S. 511.*

Fahrlässige Tötung. Weigerung des Verletzten, sich einer Operation zu unterziehen; Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen der Tat des Angeschuldigten und dem Erfolg. *S. 685.*

Art. 168 St. G. Gewerbsmäßige *Kuppelei.* Antrag der Polizeibehörde. Antragsberechtigt ist sowohl die Orts- als die Staatspolizeibehörde. *S. 209.*

Konkubinat, Tatbestand. *S. 268.*

Ehrverletzung; Kollektiväußerung; wann liegt darin eine Beleidigung mehrerer Personen? Animus injuriandi, Wahrung berechtigter Interessen. *S. 147.*

Art. *200, 201* St. G. Eigentumbeschädigung; Vergiftung von Weiden etc. Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander. *S. 570.*

Art. *213, 218* St. G. *Forstfrevel,* delictum sui generis; keine Anwendung des Additionsprinzips. *S. 266.*

Art. *220, 221* St. G. Qualifizierte Unterschlagung. Sofortige vollständige Ersetzung des Schadens? Strafausmessung. *S. 155.* (Kriminalkammer.)

Leichtsinniger Konkurs; § 51, Ziff. 1 E. G. zum Sch. K. G. *S. 277.* (Appellations- und Kassationshof.)

Konkursdeliktsfähigkeit. *S. 337.*

Betrug; wahrheitswidrige Zusicherung und Anpreisung der Güte und Preiswürdigkeit einer Ware. Frage der Vermögensschädigung. Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse. *S. 374.*

*) Wo nichts anderes bemerkt, Entscheide der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes.

Digitized by Google

Lebensmittelfälschung, Beweis. *S. 214.*
Wucher, Begriff. *S. 39.*
Dito. *S. 384, 454.* (Korrektionelles Gericht, Bern.)
Lotterie, Begriff. *S. 343.*
Viehs.-Pol.-V., Art. 75. Erfordernis eines Gesundheits- oder Passierscheins für ein zum Verkauf aufgetriebenes Stück Vieh. *S. 633.*
B. G. betr. *Fischerei*, Art. 16 litt. c. Fang untermäßiger Fische *S. 339.*
Pat. T. G., Art. 1. Begriff der „Geschäftsleute"; öffentliche Verwaltungen oder Beamte zählen nicht dazu. *S. 98.*
Strafausmessung. *S. 510.*
Voraussetzungen des Tatbestandes einer Widerhandlung. *S. 630.*
B. G. über die *Forstpolizei*. Strafausmessung. *S. 216.* (Polizeirichteramt Fraubrunnen.)
Jagdpolizei. Begriff des Jagens. *S. 635.*
Armenpolizeigesetz. Art. 15. 27. Verbotenes Steuersammeln. *S. 688.*
Medizinalgesetz; gleichartige, gleichzeitig zu beurteilende Widerhandlungen: Kollektivdelikt. *S. 572.*
Hausiergesetz. Filiale des Hauptgeschäfts oder vorübergehende Eröffnung eines Warenlagers? *S. 205.*
Schulunfleiss; vom Lehrer ohne Benachrichtigung der Eltern zur Strafe weggeschickter Schüler. *S. 158.* (Polizeirichteramt Fraubrunnen.)
Wirtschaftsgesetz, § 14. Feilbieten geistiger Getränke auf Arbeitsplätzen. *S. 334.*
Baubewilligungsdekret vom 13. März 1900, Art. 1, Ziff. 1. *S. 691*
Sonntagsruhe. Reglement der Stadt Bern: Offenhalten der Läden. *S. 267.*
— Sonntagsarbeit des Arbeitgebers, inwieweit gestattet? *S. 514.*
Privatrechtliche Stellung des im Gewerbe Tätigen zum Prinzipal unerheblich für die Frage der Widerhandlung. *S. 566.*
Jagd Vog. Sch. G., regierungsrätliche *Vollz.-V.* vom 26. Juli 1905. Verfassungsmäßigkeit. *S. 684.*
Streikgesetz; dessen Strafdrohungen finden auf Ausschreitungen bei Aussperrungen nicht Anwendung. *S. 443.*

e) Strafprozess. *)

Adhäsionsprozess. Art. 3 St. V. Ausschluß der Vorbringung einer adhäsionsweise angebrachten Zivilklage vor den Zivilrichter; Ausnahmen. *S. 97.*
Anwendbarkeit des Art. 59 O. R. *S. 335.*
Prozeßfähigkeit der Ehefrau als Zivilpartei. *S. 335.*
Bestreitung der Prozeßfähigkeit der Zivilpartei oder der Sachlegitimation? Abgabe der definitiven Erklärung des Verletzten vor dem Untersuchungsrichter, er stelle sich nicht als Zivilpartei; Wirkung. *S. 572.*
Verjährung, Unterbrechung: Art. 7 St. V. Einsendung der Akten an die Appellationsinstanz ist eine Verfolgungshandlung. *S. 268.*
Art. *14* St. V., Verbrechen, an Schweizern im Auslande begangen; Antrag des Verletzten; Feststellung dieses Erfordernisses durch die Anklagebehörde, nicht das urteilende Gericht. *S. 157.* (Kriminalkammer.) Mit Anmerkung des Referenten.

*) Wo nichts anderes bemerkt, Entscheidungen der Polizeikammer.

Digitized by Google

Verordnung über die *Ortspolizei*, Art. 5. Das polizeiliche Bußeröffnungsverfahren ist durch St. V. aufgehoben. *S. 506.*

Strafantrag, Gültigkeit, unrichtige juristische Qualifikation unerheblich. *S. 568.*

Art. 95 St. V. Anwendbarkeit in Antragsdeliktsfällen. *S. 629.*

Einstellung des Strafverfahrens, weil die Zivilpartei in Konkurs gefallen ist (Art. 207 Schl. K. G.). *S. 686.*

Ueberweisungsbeschluss, der die sachlich, aber nicht die örtlich zuständige Behörde bestimmt, Kassation. *S. 335.*

Art. 235, 241 ff. St. V. Ausschließliche Kompetenz der Anklagekammer zur Aufhebung von Strafuntersuchungen, bei denen ein Verbrechen in Frage steht. *S. 687.* (Anklagekammer.)

Akten einer aufgehobenen Untersuchung; ist dem Angeschuldigten die Einsicht zu gestatten? *S. 340.*

Vor- und Zwischenfragen. Bestreitung des Vorliegens eines gültigen Strafantrages seitens des Angeschuldigten mittelst Vorfrage; Abweisung derselben; Ausschluß der nämlichen Bestreitung bei Behandlung der Hauptsache; res judicata. *S. 39.*

Appellable Vor- und Zwischenentscheide: Begriff. *S. 506.*

Beweisverfahren. Lebensmittelfälschung, Beweis. Untersuchungsbericht des Kantonschemikers, Beweiswert. *S. 214.*

Ungestempeltes Aktenstück; Beweiskraft *S. 269.*

Ehrverletzung; Zeugenbeweis. *S. 265.*

Verdächtiger Zeuge; Art. 353, Ziff. 3 St. V. Den Konkursiten sind fruchtlos Ausgepfändete gleichgestellt. *S. 571.*

Dito, Art. 354, Ziff. 4 St. V. Ein Vergleich ist einem Urteil nicht gleichzusetzen. *S. 570.*

Gesetzliche Beweistheorie, Zeugenbeweis. *S. 631.*

Kann der Anzeiger Zeuge sein? unzulässige Kollektivabhörung von Zeugen; Kassation. *S. 693.*

Urteil. Art. 343, Abs. 3 St. V. Kostenauflage an den freigesprochenen Angeschuldigten, wann gerechtfertigt? *S. 206.*

Art. 365 St. V. Schadensersatzanspruch, prinzipiell zugesprochen; Verfahren zur Festsetzung der Höhe. *S. 43.*

Verurteilung des Anzeigers als Prozeßpartei zu Kosten. Der Anzeiger ist nicht Prozeßpartei. *S. 93.*

Nichtberücksichtigung der von der Zivilpartei geltend gemachten Entschädigungsforderung; Kassation. *S. 215.*

Urteil, das die Unzuständigkeit des Richters ausspricht; keine Zubilligung einer Entschädigung an den Angeschuldigten. *S. 687.*

Assisenverfahren. Art. 414 St. V. Verschiebung der Verhandlung wegen wichtiger Beweismaßnahmen; Entscheid darüber Sache der Kriminalkammer; Zwischenentscheid. Anordnung der Beweismaßnahmen ist Sache des Assisenpräsidenten. Art. 337, 420 St. V. *S. 156.* (Kriminalkammer.)

Vorfragestadium; vorläufige Feststellungen mit Bezug auf eine allfällige Verschiebung der Verhandlung. *S. 157.* (Kriminalk.).

Fragestellung bei Fälschungsdelikten. *S. 272.* (Appellations- und Kassationshof.)

Appellation. Mehrere mit Buße bedrohte Handlungen desselben Angeschuldigten; keine Zusammenrechnung mit Bezug auf Appellabilität. *S. 96.*

Verurteilung zur Wiederherstellung eines früheren Zustandes; nicht appellabel. *S. 208.*

Digitized by Google

Armenpolizeisache: freisprechendes Urteil des Polizeirichters, Appellabilität. *S. 574.*
Rückzug der Appellation, Wirkung. Nachträglicher Widerruf des Rückzugs unwirksam. *S. 630.*
Appellationserklärung durch einen substituirt bevollmächtigten Anwalt. Frage der Bevollmächtigung, des Substitutionsrechts und der Substitution. *S. 631.*
Erklärung einer Partei, sie nehme das Urteil an; Verzicht auf Einlegen eines Rechtsmittels. *S. 683.*
Art. 459 St. V. Mündlichkeit des Verfahrens bei Anwesenheit der Parteien vor Oberinstanz. *S. 37.*
Verbot der reformatio in pejus; Tragweite. *S. 40.*
Art. 452 St. V. Freispruch des Angeschuldigten ohne Entschädigung; Appellation des Angeschuldigten. *S. 342.*
Art. 453 St. V. Appellationsfrist; Berechnung; analoge Anwendung des § 73 C. P. *S. 571.*
Nichtigkeitsklage, der Staatsanwaltschaft. Art. 473. Ziff. 4, St. V. Stellung der Rekursinstanz. *S. 688, 691*
Revision, Art. 502, Ziff. 2 St. V. Strafurteil, auf leichtsinnigen Konkurs lautend. *S.* 277. (Appellations- und Kassationshof.)
Art. 502, Ziff. 4 St. V. „Unverträglicher Widerspruch" zwischen zwei Strafurteilen liegt nicht in der verschiedenen rechtlichen Würdigung desselben Tatbestandes durch zwei verschiedene Entscheide. *S. 283.* (Appellations- und Kassationshof.)
Wiedereinsetzungsgesuch. Kumulation mit ordentlichen Rechtsmitteln. *S. 268.*
Art. 536 St. V. Staatskosten; Pflicht zur Zahlung; Wirkung der Vorlage eines Armutscheins. *S. 398.*
Art. 578 St. V. Verteidigungskosten, der unterlegenen Zivilpartei auferlegt. Entscheid darüber nur appellabel, wenn der Zivilpunkt appellabel ist. *S. 633.*

3. Obergericht des Kantons Luzern.

§§ 207, 208 B. G. B., § 22 Hypothekargesetz. Pertinenzqualität. *S. 707.*
§ 302 B. G. B., § 334 C. R. V. Besitzesschutzmittel; Anwendungsgebiet. *S. 163.*
Straßengesetz, § 9, rechtliche Bedeutung: „öffentlicher Weg". *S. 523, 581.*
Art. 62, 65 O. R. Haftung für Fuhrwerk und Knecht. *S. 52.*
Schenkung unter Lebenden. *S. 404.*
Rechtliche Natur des Familienfideikommisses nach Luzerner Recht. *S. 219, 292.*
Prozeßualische Handlungsfähigkeit juristischer Personen. *S. 403.*
§§ 6, 105 C. R. V. Eintritt der Litispendenz. *S. 708.*
Bedeutung von Rechtsgutachten. *S. 110.*
Schiedseid, Rechtsnatur desselben. *S. 462.*
Nichterscheinen einer schwurpflichtigen Partei, Versäumnisverfahren. *S. 464.*
§ 268. Abs. 2 C. R. V. Kassation. *S. 109.*

Digitized by Google

4. Obergericht des Kantons Solothurn.

Cession, Form. *S. 527.*
Faustpfand, Versicherungspolice, rechtliche Natur. Verpfändung nach Art. 215 O. R. Weiterverpfändung, Voraussetzungen. *S. 286.*
Kaufvertrag; Minderungsklage; Berechnung des Minderwertes. *S. 168.*
Wechselrecht. Uebergang des Wechselgläubigerrechts einer aufgelösten Kollektivgesellschaft auf den einen Gesellschafter, der Aktiven und Passiven übernimmt. *S. 111.*
Eigenwechsel. Bewilligung eines Zahlungsaufschubs an den Aussteller, Prolongation? *S. 406.*
Fabr.-G. Art. 8. Fabrikordnung, Uebersetzung. *S. 55.*
Haftpflicht. F. H. G. Einrede des Selbstverschuldens. Bedeutung des jugendlichen Alters des Verunglückten. *S. 112.*
F. H. G. Behauptetes Mitverschulden des Fabrikanten; Duldung von Uebertretungen der Fabrikordnung. *S. 112.*
F. H. G. Ausdehnungsgesetz. Verjährung. *S. 224.*
Eisenbahnunfall; Anzeigepflicht der Bahnverwaltung. *S. 407.*
Unterstützungspflicht der Kinder gegenüber den Eltern nach kantonalem Recht. Mortabilitätstabellen; Anwendung für gesunde und kranke Menschen. Kapitalabfindungs- und Zufallsabstriche. *S. 709.*
Kompetenz der gewerblichen Schiedsgerichte; Einschränkung durch Rückkaufsgesetz. *S. 526.*
St. G. B. § 81. Urkundenfälschung. Begriff. *S. 56.*
Hausiergesetz; Verurteilung wegen Uebertretung zu Buße und Gebührennachzahlung; Appellabilität. *S. 55.*

B. Administrativjustiz-Entscheide.

1. Bundesrat.

Handels- und Gewerbefreiheit. Fischereirecht. *S. 362.*
Wasserrechtskonzession. *S. 362.*
Wirtschaftspatent. Leumund des Bewerbers. *S. 363.*
„ Legitimation zum Rekurs. *S. 363.*
„ Verweigerung aus formellen Gründen. *S. 419, S. 420.*
Wirtschaft, Begriff. *S. 420.*
Wirtschaftspolizei; Schießautomat. *S. 421.*
Verkauf geistiger Getränke. *S. 421.*
Verbot des Kleinverkaufs von Absinth. *S. 421.*
Apothekergewerbe. *S. 363.*
Stellenvermittlungsgebühren. *S. 363.*
Verkauf von Korporationsgut. *S. 419.*
Sonntagsruhe. *S. 422.*
Holzausfuhr. *S. 422.*
Bewilligung zum Betrieb eines Waisenhauses. *S. 426.*
Kutschertarif. *S. 422.*
Konfessionnelles. Schickliche Beerdigung. *S. 424.*
Stimmrecht; Wahlen und Abstimmungen. Schulpflegerwahlen. *S. 364.*
Angeblich verfassungswidriges Initiativbegehren. *S. 364.*

Digitized by Google

Kirchenratswahl. *S. 425.*
Wahl in den Regierungsrat. *S. 476.*
Art der Abstimmung über ein Initiativbegehren. *S. 477.*
Zivilstand. Zeitpunkt des Eheabschlusses. *S. 367.*
Beerdigungskosten. S. 479.
Kantonales *Lehrlingsgesetz*; Anwendung auf Fabriken. *S. 478.*
Militärpflichtersatz. S. 365.
Armenrecht in Haftpflichtfällen. *S. 479.*
Handelsregister. Zusatz zur Firma. *S. 365.*
Kantonale Stempelgebühr. *S. 366.*
Unterscheidender Zusatz. *S. 366.*
Verein oder Genossenschaft? *S. 366, 548.*
Beschwerde, Erfordernis. *S. 546.*
Löschung einer Firma. *S. 546.*
Sistierung einer kantonalen Verfügung. *S. 547.*
Eintragspflicht. *S. 547.*
Maßgebender Zeitpunkt für die Entscheidung des Bundesrates. *S. 548.*
— Anwendung eines kantonalen Wirtschaftsgesetzes auf eine Konkursmasse. *S. 364.*
Patenttaxen der Handelsreisenden. *S. 478.*
Verfahren. Kompetenz des Bundesrates. *S. 367.*
Dito. Feststellung durch Meinungsäußerung zwischen B. R. und B. G. *S. 367.*
Erschöpfung des Instanzenzuges. *S. 368.*
Grundsätze des Verfahrens. Kompetenz des Bundesrates zur Entscheidung darüber, ob eine Abstimmung über ein Initiativbegehren richtig veranstaltet worden sei. *S. 548.*
Dito. Fischerei im Kanton Uri; Kompetenz des B. G. *S. 549.*
Dito. Maßgebender Tatbestand. *S. 549.*
Vollziehung bundesgerichtlicher Urteile. *S. 477.*

2. Regierungsrat des Kantons Bern.

Vormundschaft. Art. 88 Armen- und Niederlassungsgesetz. Entzug der elterlichen Gewalt; Voraussetzungen; Verhältnis zu Satz. 149 ff. C. *S. 50.*
Satz. 255 C. Unterbringung einer minderjährigen pflegebefohlenen Person; Kompetenz; Beschwerde; Voraussetzungen. *S. 50.*
Art. 6 Emanzipationsgesetz; Anwendbarkeit auf eine Witwe, die nach dem Tode des Ehemannes vom alten in den neuen Kantonsteil zieht. *S. 50.*
Fertigung. Klage auf Aufhebung eines Liegenschaftskaufvertrages; Abstand des beklagten Verkäufers. Die Abstandserklärung bildet den Titel zur Rückübertragung des Eigentums; dazu ist Rückfertigung erforderlich. *S. 51.*
Grundbuch. Gesetz vom 26. Februar 1888. Testament im Jura der Transkription unterworfen? *S. 160.*
Faustpfandbestellung an einer hypothekarisch versicherten Forderung; keine Eintragung erforderlich. *S. 217.*
Selbstkontrahieren des Stellvertreters; Vertreter des schuldnerischen Vereins gleichzeitig Gläubiger bei einer Pfandobligation; Ausschluß derselben von grundbuchlicher Behandlung. *S. 459.*
Art. 883 Code civil fr.; Wirkung der Erbschaftsteilung; Einfluß dieser Bestimmung auf Betreibungsrechte. *S. 518.*

Digitized by Google

Befriedigung von im Grundbuch eingetragenen Hypothekargläubigern aus den bei der Hypothekarkasse aufgenommenen Darlehn; Prüfungspflicht des Amtsschreibers. *S. 518.*

Notariat. Befugnis der Kontrahenten, einen Amtsnotar aus einem andern Bezirk beizuziehen, Voraussetzungen. *S. 48.*

Notarielle Konzepte; Verwendung der Schreibmaschine. *S. 49.*

Sachliche Zuständigkeit des Amtsnotars. Ein Liegenschaftkaufvertrag ist jedesmal der amtsnotarialischen Beurkundung unterworfen, wenn auf der Liegenschaft Pfandrechte lasten. *S. 575.*

Handelsregister. Eintragung einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern: Stipulierung der Aktenstücke gemäß Art. 615, 618 O. R. durch einen bernischen Notar betreffend eine außerhalb des Kantons stattfindende konstituirende Versammlung; Prüfungsrecht des Registerführers? *S. 108.*

Amtliches Güterverzeichnis; Publizität. *S. 108.*

Administrativprozess. § 59 Gemeindegesetz; Weiterziehung eines Verwaltungsentscheides, Form. *S. 108.*

Art. 47 St. G. Administrative Sicherungsmaßnahmen; Voraussetzungen. *S. 579.*

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **I. Heft** **Januar 1908**

Vereinheitlichung der Zitiermethode in der schweizerischen Rechtswissenschaft.

Von Dr. *Paul Wäber*, Bern.

Im Jahre 1905 ist im Juristischen Verlage J. Guttentag in Berlin ein Heftchen erschienen, welches, nach seinem Titel „Vorschläge des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" enthält, wie sie vom 27. deutschen Juristentag am 13. September 1904 beschlossen wurden. Die Notwendigkeit und Nützlichkeit dieser Vorschläge erhellt aus der auf Seite 3 der Broschüre festgestellten Tatsache, daß „in der Art, wie die deutschen Juristen Gesetze, Entscheidungen und rechtswissenschaftliche Schriften zitieren, heute bunteste Mannigfaltigkeit herrscht: jeder folgt dem eigenen Geschmacke, der eine kürzt, der andere vermeidet jede Kürzung, oft nur in dem Bestreben, Mißverständnissen vorzubeugen; für die Kürzungen selbst fehlt jede Einheitlichkeit." Seit der Publikation der «Vorschläge», auf welche wir im einzelnen später eintreten werden, ist in dieser Beziehung, wie von kompetenter Seite (Prof. Hafter in Zürich, s. schweiz.

Digitized by Google

Juristenzeitung, Bd. II, S. 953 f.) konstatiert werden konnte, in der deutschen Rechtslitteratur eine entschiedene Wendung zum Besseren eingetreten.

Die «Vorschläge» beziehen sich auf Gesetze und andere mit Gesetzeskraft ausgestattete Erlasse, Sammlungen von Entscheidungen, Publikationen und Vereinigungen und juristischen Zeitschriften des deutschen Reiches und der cisleithanischen Hälfte der österreichisch-ungarischen Monarchie. Sollte sich die Aufstellung gleichartiger Vorschläge für die juristischen Publikationen und die die Juristen interessierenden gesetzlichen Erlasse der Schweiz nicht gleichfalls empfehlen? Den zitierten Anfangssatz des Heftchens können wir *mutatis mutandis* Wort für Wort auf die Rechtslitteratur der deutschen und, wie wir glauben, auch der romanischen Schweiz anwenden. Es haben sich denn auch in Band II der schweizerischen Juristenzeitung zwei als Verfasser juristischer Werke hervorgetretene schweizerische Juristen, von welchen der eine zudem die Herausgabe der amtlichen Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen leitet, entschieden zu Gunsten der Adoption der «Vorschläge» für die deutsche Schweiz ausgesprochen.*) Die Redaktion für die Publikation der bundesgerichtlichen Entscheidungen hat die Grundsätze der «Vorschläge» bereits in ihrer Methode des Zitierens von Gesetzen zur Anwendung gebracht.

Zweck dieser Zeilen ist nun in erster Linie, diejenigen Juristen, welche bereits die Einführung der durch die «Vorschläge» begründeten Zitiermethode für die schweizerische Rechtswissenschaft befürwortet haben, hierin zu unterstützen und sodann einen Plan

*) S. 53, Prof. Dr. E. Hafter: Vereinheitlichung der Zitiermethode in der schweiz. Rechtswissenschaft.
S. 99. Bundesgerichtsschreiber Dr. Th. Weiss: Zu E. Hafters Aufsatz: Vereinheitlichung der Zitiermethode in der schweizer Rechtswissenschaft.

Digitized by Google

für die Ausarbeitung gleichartiger Vorschläge für die Schweiz zu skizzieren.

Was den ersten Punkt betrifft, so wird die Einführung einer einheitlichen Zitiermethode für die Rechtslitteratur der deutschen Schweiz — eine einheitliche für die gesamte schweizerische Rechtslitteratur ist durch die Verschiedensprachigkeit des schweizerischen Gebietes ausgeschlossen — kaum einer ernstlichen Opposition begegnen; ebensowenig wird bestritten werden können, daß eine Methode, welche sich in dieser Hinsicht für Deutschland und Oesterreich als praktisch erwiesen hat, im großen und ganzen einfach auf die deutschschweizerische Rechtslitteratur übertragen werden kann. Auch hier wird der Gebrauch einheitlicher Zitate, wie die «Vorschläge» bemerken, „das Verständnis erleichtern und eine nicht unbeträchtliche Ersparnis an Zeit, Raum und Geld bedeuten." Anderseits hat auch für uns die Einschränkung zu gelten, daß Abkürzungen nur in der eigentlichen juristischen Litteratur zu verwenden sind, deren Leserkreis das notwendige Verständnis hiefür zugetraut werden darf, während in populären Darstellungen, z. B. auch in der Tagespresse, Abkürzungen zu vermeiden sind. Die Anwendbarkeit der gleichen Abkürzungsregeln in der schweizerischen Litteratur wie in der deutschen, ergiebt sich aus der einfachen Tatsache, daß sich die deutsch-schweizerischen Schriftsteller genau derselben Schriftsprache bedienen, wie diejenigen des deutschen Reiches und des deutschredenden Teils Oesterreichs. Dies wird bei einer Betrachtung der deutschen «Vorschläge» im einzelnen besonders deutlich werden. Selbstverständlich gilt das nämliche um so mehr da, wo die Zitate sich nicht aus Wörtern oder Teilen von solchen, sondern aus Zahlen zusammensetzen; in dieser Beziehung kann eine einheitliche Zitiermethode ja sogar für verschiedensprachige Rechtsgebiete eingeführt werden.

Digitized by Google

So stellen die «Vorschläge» folgende «Allgemeine Regeln» auf:

1. Seiten- (und Spalten-)* Zahlen sind ohne Vorsatzbuchstaben zu setzen; z. B.: Huber, Gewere 98.

2. Jahrgangs- und Bandzahlen sind in arabischen Ziffern wiederzugeben und von der Seitenzahl durch ein Komma zu trennen; beim Druck kann das Komma weggelassen werden, wenn dafür die Jahrgangs- oder Bandzahl fetter gedruckt wird. Die Frage, ob Jahrgangs- oder Bandzahl anzuführen ist, entscheidet sich nach der herrschenden Uebung. Die Ersetzung der römischen Band- oder Jahrgangszahlen durch arabische erweist sich besonders da als notwendig, wo die zu zitierende Sammlung oder Zeitschrift bereits zahlreiche Bände aufzuweisen hat. So: Z b J V 38, 226 oder **38** 226 = Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Band 38, Seite 226, nicht XXXVIII, 226. Enthält ein Zitat mehrere Seitenzahlen desselben Bandes nacheinander, so sind dieselben von einander durch Kommata zu trennen; in diesem Falle muß der ersten Seitenzahl ein S vorgesetzt werden, wenn die Bandzahl nicht durch den Druck hervorgehoben ist; z. B.: Z Str R 18 S 5, 9, 17 oder Z Str R **18** 5, 9, 17 = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 18, Seiten 5, 9, 17. Werden mehrere Bände oder Jahrgänge einer Zeitschrift zitiert, so werden die Band- oder Jahrgangszahlen durch ein Semikolon getrennt; z. B.: Arch Sch u K 2, 15; 4, 29 = Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Band 2, S. 15, Bd. 4, S. 29.

3. Die Auflage eines in mehreren Auflagen erschienenen Werkes ist als Exponentenzahl oder in Klammer anzugeben, z. B. Salis, Bundesrecht ² 2 319

*) Spaltenzahlen kommen unseres Wissens in der schweizerischen Rechtslitteratur nicht vor, auch nicht z. B. in der schweizerischen Juristenzeitung, die zweispaltig erscheint.

Digitized by Google

oder Salis, Bundesrecht (2) 2 319 = Salis, Bundesrecht, 2. Auflage, Band 2, Seite 319.

Wir fügen bei, daß es sich auch empfiehlt, die einzelnen Teile der seit 1898/99 in zwei getrennten Teilen publizierten bundesrechtlichen Entscheidungen durch Exponentenzahlen zu bezeichnen; z. B.: B G E 26 ^{2} 558 = Bundesgerichtliche Entscheidungen, Bd. 26, Teil 2, Seite 558, und in gleicher Weise dürften die einzelnen, innerhalb eines Jahres erscheinenden Bände des Bundesblattes zu zitieren sein; z. B.: B Bl 1901 ^{4} 752 = Bundesblatt Jahrgang 1901, IV. Band, S. 752. Bei dieser Gelegenheit sei auf den misslichen Umstand hingewiesen, daß die Zitate, welche sich auf die französischeA usgabe des Bundesblattes *(Feuille fédérale)* beziehen, auf die Paginierung der deutschen Ausgabe nicht passen, und umgekehrt. Wer nur eine der beiden Ausgaben zur Hand hat, dem ist es aus diesem Grunde rein unmöglich, ohne großen Zeitverlust die zitierte Stelle, wenn sie nach der andern Ausgabe zitiert ist, aufzufinden. Sollte sich nicht eine einheitliche Paginierung beider Ausgaben bewerkstelligen lassen?

4. Der Paragraph ist mit § zu bezeichnen, der Artikel mit Art., die Nummer mit Nr., der Absatz mit Abs. abzukürzen. Mehrere Paragraphen hintereinander werden mit §§, mehrere Artikel mit Artt. bezeichnet. Beizufügen wäre, daß die bisher beobachtete Methode des Zitierens mehrerer Paragraphen oder Artikel durch Anführung des ersten derselben unter Beifügung der Worte «und folgende»; z. B.: Artt. 50 ff. OR. = Artikel 50 und folgende des Obligationenrechts beibehalten werden kann. Das Wort «Satz» wird nicht abgekürzt.

5. Für die Jahreszahlen in Daten und zur Bezeichnung von Jahrgängen werden auch bei uns in der Regel die beiden Schlussziffern genügen, da meist jeder Zweifel über die Bedeutung dieser Bezeichnung

Digitized by Google

einer Jahrgangszahl und über das Jahrhundert ausgeschlossen sein wird. Eine Ausnahme ist gegebenenfalls bei der Anführung von Gesetzen zu machen, deren einige (kantonale) das Alter von 100 Jahren bereits erreicht oder überschritten haben oder bald erreichen werden. Die Monate können mit arabischen oder römischen Ziffern bezeichnet werden; ihre Bezeichnung mit römischen Ziffern scheint allerdings die mehr übliche zu sein.

6. Abkürzungen werden nicht flektiert; z. B. seit Erlass des O R, nicht des O R's (Obligationenrechts.)

7. Trennungszeichen (Punkte, Kommata) sind innerhalb einer zusammengesetzten Abkürzung nicht zu verwenden; also E Tr G = Eisenbahntransportgesetz, nicht E. Tr. G., Z b J V = Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, nicht Z. b. J. V.

Nach dem Vorschlage von Weiss (a. a. O.) möchten wir auch den Schlußpunkt bei Abkürzungen fallen lassen, um denselben damit deutlich den Charakter einer selbständigen Bezeichnung zu verleihen, die eines Abschlußzeichens so wenig bedarf, wie ein einzelnes Wort.

Fast alle diese Regeln lassen sich ohne weiteres auch auf die Anführung von in französischer Sprache erschienenen juristischen Publikationen anwenden; statt Absatz (Abs) wird hier alinéa (al) verwendet, statt Nummer numéro (no), statt Ziffer chiffre (ch).

Bei den „Besonderen Regeln" unterscheiden die «Vorschläge» Rechtsquellen, Rechtsprechung und Litterarische Veröffentlichungen. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, in diesen Zeilen analog den «Vorschlägen» eine vollständige Liste der häufig zitierten (Bundes) Gesetze, Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen mit ihren Abkürzungen zu bringen, wir halten uns nur an die besondern Regeln im allgemeinen, die auch hier auf unsere Rechtslitteratur un-

Digitized by Google

bedenklich angewendet werden dürfen, und wie wir sie in einer demnächst im Buchhandel erscheinenden Publikation anzuwenden gedenken. (Schluß folgt.)

Une nouvelle forme de l'initiative constitutionnelle fédérale.

Par le prof. Dr. *W. Burckhardt* à Berne.

L'initiative populaire sur la législation des forces hydrauliques a été lancée à Zurich dans une assemblée populaire tenue à la Tonhalle le 25 juin 1906; le comité d'initiative présenta le texte de l'article à insérer dans la Constitution fédérale et proposa en même temps aux signataires de lui déléguer les pouvoirs de retirer l'initiative si l'Assemblée fédérale élaborait un autre projet qui fît également droit aux vœux des initiants. L'Assemblée fédérale a effectivement modifié le texte de l'initiative et elle a décidé de soumettre au peuple seulement le texte revisé si le comité des initiants retirait en temps utile la proposition populaire.

Les initiants de Zurich ont donné par cette délégation de pouvoirs un développement à l'institution de l'initiative populaire qu'il est intéressant de signaler. C'est peut-être le germe d'une pousse vivante et utile à l'institution de l'initiative constitutionnelle et le juriste a peut-être tort de prendre ce germe sous la lumière ardente et stérilisante de son microscope, je veux dire de le juger à la rigueur des principes de sa logique inexorable et inflexible. Que le juriste dogmatique attende un peu et dans peu de temps l'historien annoncera un développement spontané de l'initiative, né de sa répétition même et devenu droit coutumier. Si la pratique devait rester toujours dans la stricte limite du droit positif actuel, l'histoire du droit ne per-

Digitized by Google

drait-elle pas tout intérêt et toute vie? et est-il admissible que l'horizon borné du législateur d'aujourd'hui empêche la vie de déborder le cercle étroit de ses prévisions?

La loi écrite a, je crois, nécessairement cette prétention et le juriste a la tâche d'appuyer son autorité; il peut souhaiter seulement que les lois soient faites par des esprits non pas imprécis, mais larges et prévoyants; et le texte législatif une fois fixé, il faut en prendre l'esprit et non la lettre. Voyons donc si la délégation de pouvoirs au comité d'initiative est dans l'esprit de l'institution telle qu'elle est donnée par la Constitution fédérale et la loi d'exécution du 27 juin 1892.

L'idée maîtresse de la Constitution est que 50,000 citoyens peuvent soumettre au peuple directement et sans l'intermédiaire de l'Assemblée fédérale un nouveau texte constitutionnel.

L'Assemblée fédérale doit soumettre la proposition des initiants au peuple sans y rien modifier; si elle lui est transmise par le Conseil fédéral, c'est seulement pour lui permettre de déclarer si elle appuie la proposition ou non ou de soumettre au peuple une autre proposition. Dans l'idée de la Constitution, me semble-t-il, les initiants ont donc à faire au peuple une proposition ferme, définitive. Or la proposition faite par les initiants de l'art. 23*bis* est conditionnelle; elle n'est faite qu'à la condition que le comité délégué ne la retire pas et le comité peut la retirer si l'Assemblée fédérale entre dans les vues des initiants, même sous une forme différente. L'Assemblée fédérale peut donc, en quelque mesure, décider du sort de la proposition telle qu'elle a été signée par les initiants. Elle entrera pour ainsi dire en pourparlers avec le comité autorisé à retirer la proposition populaire et le comité, surtout s'il est représenté dans

Digitized by Google

le parlement fédéral, pourra devenir un facteur politique important, puisqu'il pourra consentir ou non au retrait de l'initiative populaire s'il juge que l'Assemblée fédérale tient suffisamment compte des vœux de ceux qui l'ont signée. Si les membres du comité, comme dans notre cas, sont des hommes scrupuleusement honnêtes, il n'y a rien à craindre; mais s'ils ne le sont pas, et si la situation politique est tendue, le comité peut abuser des pouvoirs importants qu'il détient pour influencer l'Assemblée fédérale ou tout au moins pour jeter de l'incertitude et du trouble dans l'opinion publique.

Et puis, le comité peut être très embarrassé de se prononcer sur le retrait de l'initiative ou au contraire, il peut en prendre trop à son aise; qui décidera s'il a rempli son mandat et s'il ne l'a pas outrepassé? Les signataires de l'initiative ne peuvent pas être convoqués pour en décider et aucune autorité judiciaire ou politique n'aurait le droit de prononcer; en fait donc le comité est souverain; il n'est lié que par sa conscience.

La condition mise à l'initiative de Zurich est assez naturelle et assez simple; mais dans d'autres cas elle pourrait être plus compliquée et plus dangereuse; par exemple, si les initiants demandaient qu'on fît participer les cantons au produit des douanes en donnant au comité la faculté de retirer l'initiative au cas où l'Assemblée fédérale donnerait suite à la motion d'élever les subventions scolaires. L'Assemblée fédérale ne délibérerait pas en toute liberté d'esprit sur cette motion scolaire si elle se sentait menacée d'un second Beutezug, et le comité aurait entre ses mains une arme politique dont il serait facile d'abuser.

Enfin le droit électoral ne connaît pas la délégation, l'exercice des droits par représentation. L'électeur ne peut pas déléguer son suffrage; le député n'est pas, juridiquement, le représentant, le chargé de pouvoirs

Digitized by Google

des électeeturs, puis qu'il n'est lié par aucun mandat, lui-même, s'il est empêché, ne peut pas déléguer sa voix à un collègue. La délégation de pouvoirs au comité des initiants ne va donc pas de soi; il serait peut-être faux de la déclarer nulle uniquement parce qu'elle est inconnue jusqu'à présent à notre droit politique, mais ce fait n'est assurément pas non plus un motif de l'admettre.

La délégation de pouvoirs, qui est une forme de l'initiative conditionnelle, apporte dans l'institution de l'initiative constitutionnelle un élément nouveau, qui en compromet la simplicité et la clarté, et ces qualités sont à mon avis une condition essentielle de son bon fonctionnement et de la sincérité de ses résultats. Dans le canton de Zurich la délégation de pouvoirs au comité d'initiative est pratiquée sans difficultés; mais le canton de Zurich est un Etat bien plus petit et plus homogène que la Suisse toute entière. La Constitution fédérale a voulu donner à 50,000 citoyens le droit de s'adresser directement au peuple, mais elle veut que leur proposition soit ferme et sans conditions.

Die Haftpflicht der Automobile.

Von Prof. Dr. *Max Gmür* in Bern.

I. Der schweizerische Juristenverein hat in seiner letztjährigen Jahresversammlung in Schaffhausen bekanntlich als erstes Haupttraktandum «Die civilrechtliche Verantwortlichkeit für Automobilunfälle» behandelt. Trotzdem dieses Thema durch die Referenten gut vorbereitet war und sich in der Diskussion ein reges Interesse zeigte, erweckte doch der Ausgang derselben den Eindruck, als ob die Materie vom Vereinsvorstand verspätet auf die Tagesordnung gesetzt worden sei. Das Votum des Vorstehers des eidg. Justizdepartements, welches zu dieser Anschauung Anlaß gab, dürfte jedoch einigermaßen mißverstanden worden sein. Derselbe

Digitized by Google

wies allerdings darauf hin, daß nach der Stellungnahme des Nationalrates im Jahre 1903 der Bundesrat bei der Ausarbeitung eines neuen Gesetzesentwurfes einigermaßen gebunden sei; deshalb habe der Streit zwischen Tierhaft und Kausalhaft keinen großen Wert mehr. Dagegen war es absolut nicht die Meinung von Herrn Bundesrat Brenner, daß der Juristenverein die ganze Materie ad acta legen solle, sondern er wünschte im Gegenteil ausdrücklich eine Aussprache über die mannigfachen Detailpunkte. Hiezu reichte jedoch die Zeit nicht mehr aus.

Die Automobilhaftpflichtfrage ist demnach für die schweizerischen Juristen noch keineswegs erledigt. Sie ist noch pendent in Bezug auf die Spezialbestimmungen, deren Behandlung beim Automobil besondere Schwierigkeiten verursacht. Sie ist aber, so lange die Räte nicht definitiv gesprochen haben, auch noch offen in Bezug auf die Hauptfrage, auf welches Prinzip sich die Automobilhaftpflicht aufbauen solle. Nun scheint es in letzter Hinsicht geboten, auf die faktischen Verhältnisse, insbesondere die Stimmung im Parlamente, Rücksicht zu nehmen und Vorschläge zu formulieren, die derselben einigermaßen Rechnung tragen. Höchst wahrscheinlich wünscht die Mehrheit des Nationalrates auch diesmal ein Spezialgesetz, das sich an die Eisenbahnhaftpflicht anlehnt; ob der Rat darauf bestehen wird, das Haftpflichtprinzip strenge durchzuführen, oder aber ob er einwilligt, in Rücksicht auf die im Jahre 1903 ziemlich starke Minderheit gewisse Ausnahmen zu machen, muß vorderhand dahingestellt bleiben. Und noch fraglicher ist es, wie sich der Ständerat verhalten werde, der sich materiell noch gar nicht in Sachen ausgesprochen hat, und eher zu Milderungen oder gar zu Tierhaft hinneigen wird als der Nationalrat.

Es darf darauf hingewiesen werden, daß die Verhältnisse im Automilwesen sich seit 1903 bedeutend

Digitized by Google

geändert haben und eine gewisse Abklärung eingetreten ist. Wenn sich auch bei einer gesetzgeberischen Reglierung der ganzen Frage stetsfort Gefühlsmomente geltend machen werden, so wird man doch heute besser als 1902 und 1903 in der Lage sein, die gesetzgeberischen Erwägungen in erster Linie auf *Tatsachen* zu stellen. Auf zwei Momente hat, wie uns scheint, der Gesetzgeber insbesonders seine Erwägungen zu basieren, auf die spezielle Gefährlichkeit der Automobile einerseits und auf die Lage der Subjekte, auf welche man die schärfere Haftpflicht ausdehnen will, anderseits.

II. Was die erstere, *die typische Gefährlichkeit* der Automobile anbelangt, so ist darüber schon so viel geschrieben und gesprochen worden, dass wir uns auf einige Punkte beschränken wollen. Man kann nicht in Abrede stellen, daß in den letzten Jahren die Automobilisten vielfach vorsichtiger und vernünftiger geworden sind. Der schweizerische Automobilklub und das schweizerische Automobil-Konkordat haben in Hauptsachen diese Besserung bewirkt. Es ist nur zu hoffen, daß die Straßenpolizei in Zukunft, unter Vermeidung jeglicher Schikane, gegen Ausschreitungen noch strenger vorgeht als bisher. Es sind gewöhnlich immer die gleichen Leute, denen unvorsichtiges Fahren zur Last fällt und die damit den ganzen Automobilismus diskreditieren.[1]) Ob die Unfälle in der letzten Zeit im Verhältnis zur Zahl der Automobile zu oder abgenommen haben, kann ebensowenig gesagt werden, als man über die Ursachen der in der Schweiz vorgefallenen Unfälle ein genaues Bild sich zu machen in der Lage ist. In letzterer Hinsicht ist die Statistik lehrreich, welche das deutsche Reich über die Automobilunfälle vom 30. April bis zum 30. September 1906

[1]) Warum immer nur kleine Bußen gegen solche aussprechen, statt des Entzuges der Fahrbewilligung!

Digitized by Google

angestellt hat.[1]) Danach ergaben sich am meisten Unfälle in größeren Städten und zwar ca. 20 % durch zu schnelles, ca. 10 % durch ungeschicktes oder unvorsichtiges Fahren, ca. 7 % durch Verschulden des Verletzten; in ca. 55 % aller Fälle ließ sich die nähere Ursache nicht ermitteln; durch Scheuwerden von Zugtieren kamen 18 % Unfälle vor. Ferner verzeigte die Statistik die wichtige Tatsache, daß die Gefährlichkeit der Automobile mit der Stärke des Motors wächst und bei vierzig- und mehrpferdigen Motoren geradezu erschreckende Dimensionen annimmt.

Im Hinblick auf diese Statistik sollten die schweizerischen Auto-Konkordats-Kantone nicht lange zögern, die mehr als vierzigpferdigen Automobile gänzlich zu verbieten, umsomehr als sie auch in der Regel zu groß und zu schwer für unsere Straßen sind. Soweit die Gefährlichkeit der normalen Fahrzeuge in Frage kommt, so sind ihre Beurteiler in zwei Kategorien zu scheiden; diejenigen, die noch nie im Automobil gefahren sind, sehen dasselbe wegen seiner Schnelligkeit für sehr unheimlich an, ganz abgesehen davon, daß sie sich über die Luftverschlechterung begreiflicherweise ärgern; wer öfters im Automobil sitzt, der kommt umgekehrt leicht dazu, dasselbe infolge seiner großen Lenkbarkeit für ungefährlicher zu halten als ein gewöhnliches Fuhrwerk. Wenn wir auch letztere Meinung nicht für durchwegs haltbar erachten, so dürfte doch das nicht an Schienen gebundene und sehr bewegliche Automobil durchschnittlich weniger gefährlich sein, als die Straßen- oder Trambahnen, mit welcher Kategorie von haftpflichtigen Betrieben es am Besten in Parallele gesetzt werden kann, da auch sie mitten im Straßenverkehr zirkulieren.

(Fortsetzung folgt.)

[1]) Bezüglich Personen und Sachschaden.

Digitized by Google

Verschiedenes.

Aus dem Kreisschreiben der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern an die Gerichtspräsidenten des Kantons

vom 23. November 1907.

„Das Inkrafttreten des Gesetzes vom 3. November 1907 betreffend den *bedingten Straferlass* veranlasst uns, Sie auf die durch dasselbe bedingte Ergänzung der Beweiserhebung, insbesondere in polizeilichen und korrektionellen Strafsachen, aufmerksam zu machen, um zu verhüten, dass bei der Beschränktheit der Aktenkompletation in oberer Instanz, namentlich im Anfang der Wirksamkeit dieses Gesetzes, Angeschuldigte der Wohltat desselben mangels genügender erstinstanzlicher Feststellungen der tatsächlichen Voraussetzungen verlustig gehen.

Um der Appellationsinstanz im konkreten Falle den Entscheid über Gewährung oder Verweigerung des bedingten Straferlasses zu ermöglichen, müssen in allen korrektionellen und polizeilichen Straffällen, bei denen der Erlass nicht zum vornherein zweifellos ausgeschlossen erscheint, die tatsächlichen Voraussetzungen dieser Massnahme durch entsprechende Beweiserhebungen festgestellt werden.

Danach ist vor allem durch Einholung des Auszuges aus dem kantonalen Strafregister, eventuell, wenn dazu Anlass gegeben scheint, eines Strafberichtes des schweizerischen Zentralpolizeibureaus zu konstatieren, ob die Voraussetzungen des Art. 1 Ziff. 3 u. 4 l. c. vorliegen. Ist dies der Fall, so sind mit und neben dem Leumundsbericht eingehende Erhebungen zu machen über das Vorleben und den Charakter des Täters (Art. 1 Ziff. 1), in erster Linie durch Abhörung des letztern selbst, sodann aber derjenigen Personen als Zeugen, die vermöge ihrer Beziehungen zum Angeschuldigten am ehesten in der Lage sind, über diesen Punkt Auskunft geben zu können, und endlich durch Beibringung jedes andern Beweismittels, das nach dieser Richtung Aufklärung bringen kann. Insbesondere ist dabei das Augenmerk auch auf diejenigen Tatsachen zu richten, die eine Weisung des Gerichts an den Verurteilten, sich wäh-

Digitized by Google

rend der Probezeit des Alkoholgenusses zu enthalten, rechtfertigen können (Art. 2 Al. 3).

Ist der durch das Delikt entstandene Schaden nicht bereits gedeckt (Art. 1 Ziffer 2, Art. 2 Al. 3), oder erscheint es nach den Umständen nicht ausgeschlossen, dass die auszusprechende Busse wegen Armut des Verurteilten in Gefängnis umgewandelt werden muss (Art. 1, Schlussalinea), so sind auch die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Angeschuldigten so genau als möglich aufzuklären, damit, gestützt auf das bezügliche Beweisergebnis, das Mass des zu ersetzenden Schadens und eventuell auch die Frist zur Ersatzleistung möglichst zutreffend bestimmt werden können.

Sodann empfiehlt es sich, gegebenenfalls bei Appellationen des Angeschuldigten, den Appellanten womöglich zu einer Erklärung darüber zu veranlassen, ob seine Appellation sich blos auf die Frage des bedingten Straferlasses beziehe oder nicht."

Litteraturanzeigen.

Prof. Dr. J. Sieber, das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr, sein Erwerb und Verlust. 2 Bände. Bern 1907. Verlag von Stämpfli & Cie.

Wer nie in die Lage versetzt war, sich mit den internationalen Fragen der Staatsangehörigkeit zu beschäftigen, der wird es kaum begreifen, wie man darüber ein dickes Buch schreiben kann; aber wer jemals genötigt war, in diesen Dingen zu arbeiten, der wird dem Verfasser Dank wissen, dass er diese Verhältnisse einer gründlichen Untersuchung unterzogen hat. Der erste Band umfasst die dogmatische Darstellung in vier Abschnitten: Erwerb des Staatsbürgerrechtes auf Grund familienrechtlicher Verhältnisse, infolge Geburt auf dem Staatsgebiet und Option; Erwerb durch Naturalisation; Verlust; Wiedererwerbung. Der zweite Band enthält die Quellen, d. h. die gesetzlichen Bestimmungen der verschiedenen Staaten, als Argentinien, Belgien, Bolivia, Brasilien, Bulgarien, Chile, Congostaat, Costa Rica, Dänemark, Deutschland, Ecuador, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Guatemala, Haïti, Honduras, Ita-

Digitized by Google

lien, Japan, Lichtenstein, Luxemburg, St. Marino, Monaco, Montenegro, Nicaragua, Niederlande, Norwegen, Oesterreich, Paraguay, Persien, Portugal, Rumänien, Russland, St. Salvador, Schweden, Schweiz, Serbien, Spanien, Türkei, Ungarn, Urugay, Venezuela, Vereinigte Staaten von Nordamerika; dazu 21 Staatsverträge unter diesen verschiedenen Staaten, nebst einem Anhang, enthaltend zwei neuere Gesetze Italiens und der Vereinigten Staaten von Nordamerika.

Dieser ungeheure Stoff, dessen Sammlung den Verfasser jedenfalls Jahre lang beschäftigt hat, wobei ihm das politische Departement der Eidgenossenschaft hilfreich zur Seite gestanden ist, ist im ersten Bande in den angegebenen Abschnitten verarbeitet und zwar so, dass die in den einzelnen Ländern geltenden Normen jeweilen in einzelnen Paragraphen erörtert werden. Wie billig, wird jeweilen die Schweiz als Heimatsstaat des Verfassers immer in erster Linie abgehandelt. Besonders einlässlich werden dann auch Frankreich, Deutschland, Oesterreich-Ungarn, Italien, England und die Vereinigten Staaten von Nordamerika abgehandelt, die übrigen Staatengesetzgebungen erfahren eine kürzere Darstellung.

Wenn man die Daten der vom Verfasser gesammelten Gesetze vergleicht, so findet man, dass nur sehr wenige über die Mitte des vorigen Jahrhunderts zurückreichen. Die Staatsverträge tragen alle ein späteres Datum. Das ist kein Zufall. Ueberall hat sich der Begriff der Nationalität verschärft und damit steht im Zusammenhange, dass das Band, welches den Einzelnen mit dem Heimatstaate verknüpft, ein weit festeres geworden ist. Auf andern Gebieten des internationalen Rechtes ist dies dadurch zum Ausdruck gelangt, dass das Heimatrecht den Staatsangehörigen auch ins Ausland begleitet. An der IV. Konferenz für internationales Privatrecht im Haag hat das Heimatrecht überall den Sieg davongetragen, seit Deutschland im bürgerlichen Gesetzbuch mit fliegenden Fahnen in dieses Lager hinübermarschiert ist. Verfasser sieht deshalb als Kennzeichen des Staatsbürgerrechtes nicht nur das Wohnrecht im Heimatstaate, sondern auch ein Treuverhältnis zu diesem an, das durch die blosse Auswanderung nicht aufgehoben wird. Dies spricht sich in der Gesetzgebung verschiedener Staaten darin aus, dass eine besondere Entlassung erforderlich

Digitized by Google

ist, um aus dem Staatsverbande auszuscheiden (z. B. B. G. vom 25./VI. 03, Deutsches Reichsgesetz 1./VI. 70, § 13, Ziff. 1); ebenso darin, dass staatsvertraglich häufig bestimmt wird, es müsse ein Individuum, welches die Staatsangehörigkeit verloren hat, solange vom früheren Heimatstaate zurückgenommen werden, als es nicht ein neues Bürgerrecht in einem andern Staate erworben hat. Das Treuverhältnis gelangt auch darin zum Ausdruck, dass der im Auslande Wohnende in der Heimat militärpflichtig, unter gewissen Gesetzgebungen auch steuerpflichtig bleibt. Ueberhaupt hat wohl die mehr und mehr Platz greifende allgemeine Wehrpflicht auch dazu mitgewirkt, das Verhältnis der Person zum Heimatstaate zu verstärken. Denn der moderne Staat braucht Soldaten, viel Soldaten und er lässt keinen aus seiner Gewalt, der die Wehrpflicht noch nicht erfüllt hat.

Diesem äusserst intensiven Abhängigkeitsverhältnisse (wie ich eher als Treuverhältnis sagen würde) zum Heimatstaate steht nun freilich ein sehr ausgebildetes Niederlassungsrecht der Fremden gegenüber. Der Fremde zieht mit Ausnahme der politischen Rechte fast von allen Einrichtungen des Wohnstaates dieselben Vorteile, wie der Einheimische. Er hat deshalb meist kein Bedürfnis, sich einzubürgern, sodass in manchen Staaten, nicht zum wenigsten in der Schweiz, eine starke Ausländerbevölkerung besteht. „Dieses Ausländertum muss mit aller Entschiedenheit bekämpft werden, denn es wird für den Aufenthaltsstaat, wenn es in grösserem Umfange auftritt, leicht zu einer politischen und wirtschaftlichen Gefahr", sagt der Verfasser (p. 11). Er gibt als Heilmittel die Anwendung des *ius soli* (wie es z. B. in Italien oder Frankreich [vgl. auch p. 95 ff.] gilt) an, d. h. es soll der Geburt im Inlande unter gewissen Cautelen die Wirkung der Erwerbung des Staatsbürgerrechtes beigelegt werden, was freilich bei uns mit grossen Schwierigkeiten verknüpft wäre (vgl. auch p. 333 ff).

Aus den Verschiedenheiten der Gesetze nnd dem geschilderten Abhängigkeitsverhältnisse entstehen auch die Doppelbürgerrechte, eine Quelle vielfacher Konflikte. Verfasser spricht sich p. 345 dafür aus, dass Doppelbürgerrechte soviel wie möglich vermieden werden sollten, was dadurch erreicht werden könnte, „wenn die

Digitized by Google

Staaten sich zu dem Grundsatz vereinigten, dass die Naturalisation im Auslande das bisherige Staatsbürgerrecht aufhebt.“ Verfasser nimmt an, dass die Konflikte weniger durch eine allgemeine Uebereinstimmung der Gesetzgebungen, als durch Staatsverträge zu vermindern seien.

Das Werk ist überhaupt neben eingehender dogmatischer Darstellung reich an praktischen Anregungen und bietet so auch nicht nur dem, der sich wissenschaftlich für die Sache interessiert, sondern jedem Juristen, der mit dieser Frage des internationalen Verkehrs, z. B. mit Ein- und Ausbürgerungen zu tun hat, insbesondere aber dem Verwaltungsbeamten einen zuverlässigen Führer in Fragen der Staatszugehörigkeit. Da das gesetzliche Material beigegeben ist, so kann jeder Leser die doktrinellen Ausführungen des Verfassers nachprüfen.

A. Reichel.

Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte. I. Band. Die Entscheidungen aus den Jahren 1880 bis 1906. Erlangen, Palm & Enke, 1907. XXIV u. 392 SS.

Das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz § 17 stellt als Regel auf, dass die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtsweges zu entscheiden haben, gestattet aber, dass die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtsweges von der Landesgesetzgebung besonderen Behörden übertragen werde. Von dieser Befugnis Gebrauch machend, hat das bayerische Gesetz vom 18. Aug. 1879 den im Titel genannten Gerichtshof mit der Entscheidung der Kompetenzkonflikte betraut.

Die 57 unter der Leitung des Justizministeriums herausgegebenen Entscheidungen geben auf die Frage Antwort, ob der Rechtsweg für die Geltendmachung eines bestimmten Anspruchs zulässig sei; die Entscheidungen stützen sich auf positives Recht und lassen sich, was nur zu loben ist, auf die allgemein theoretische Frage der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht näher ein. Die stets vortrefflich motivierten und redigierten Entscheidungen der einzelnen Fälle können hier nicht besprochen werden; dagegen

Digitized by Google

mögen zwei Grundsätze hervorgehoben werden, die von allgemeinem Interesse sind. Der erste ist, dass nach der neueren Praxis des Gerichtshofes der K. K. durch die Verwaltungsbehörde erhoben werden kann, sobald die Sache vor Gericht anhängig ist, wenn auch das Gericht sich über seine Zuständigkeit noch nicht ausgesprochen hat; sonst würde es vorkommen, dass der K. K. *vor* der Rechtskraft eines Urteils, wie es das bayerische Gesetz vorschreibt, gar nicht erhoben werden könnte. Der zweite ist, dass die Zuständigkeit der befassten Behörde zu beurteilen ist nach dem Rechtanspruch, wie er vom Kläger tatsächlich behauptet wird; dagegen ist die Art, wie ihn der Kläger rechtlich qualifiziert, selbstverständlich gleichgültig. Der bayerische Gerichtshof scheint auch auf die Antwort des Beklagten nicht acht zu geben. Dieser Grundsatz wird sich am konsequentesten durchführen lassen; er führt aber mitunter zu formalistischen Entscheidungen. Wenn z. B. ein Strassenanlieger einen Streifen der Strasse als sein Privateigentum beansprucht, haben die Gerichte zu entscheiden (vgl. den Fall Nr. 27); beansprucht aber die Verwaltung ein Stück Land als Bestandteil der öffentlichen Strasse, so entscheiden die Verwaltungsbehörden.

Die Entscheidungen sind chronologisch geordnet, jeder aber eine kurze Zusammenfassung der Rechtsfrage vorausgeschickt. Ein ausführliches Inhaltsverzeichnis, ein Gesetzes- und ein Sachregister erleichtern das Nachschlagen. Die Sammlung bietet auch für unsere höhern Gerichte manches Interessante.

W. Burckhardt, Professor in Bern.

Meili, Die drahtlose Telegraphie im internen Recht und Völkerrecht. Zürich, Orell Füssli, 1908. 100 S. — Fr. 4.50.

Meili darf sicherlich den Anspruch erheben, als einer der modernsten und internationalsten Juristen bezeichnet zu werden. Mit Vorliebe wählt er Materien, die sich aus der Berührung der neuesten technisch-kulturellen Fortschritte mit dem Tagesleben ergeben. Wenn auch diese Probleme meist von ihm nicht erledigt werden können, so ist es doch schon ein Gewinn, dass sie angepackt worden sind und dass wir das Material

Digitized by Google

übersichtlich vor uns dargestellt sehen. Wir hoffen allen Ernstes, dass Meili uns balde auch eine Arbeit über das Luftrecht unterbreiten werde, umsomehr, als er sich durch seine Monographie über die drahtlose Telegraphie bereits in die überirdischen Regionen aufgeschwungen hat.

Rechtsprechung

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz* in Lausanne.

1. Haftpflicht aus Gewerbebetrieb. — Betriebsunternehmer.

Die Beklagten, die mit ihren Betrieben der Haftpflichtgesetzgebung unterstehen, hatten im Frühjahr 1906 jeder für sich Arbeiten für einen ländlichen Neubau in Seen übernommen und zwar der Maurermeister Senn die Maurerarbeiten und der Zimmermeister Hagmann die Zimmerarbeiten. Ihre Bezahlung erfolgte in der Weise, dass sie dem Bauherrn die Taglöhne für die am Neubau beschäftigten Arbeiter verrechneten. Wenn die Maurer gerade keine Arbeit hatten, so halfen sie, um nicht müssig zu sein, gemäss einer bestehenden Uebung bei den Zimmerarbeiten und umgekehrt. Doch wurde deswegen an der Verrechnung der Taglöhne nichts geändert: der Maurermeister bezog den ganzen Taglohn für den Maurer, auch wenn dieser während einiger Zeit bei den Zimmerarbeiten half und umgekehrt. Der Kläger Ineichen arbeitete als Maurerhandlanger im Dienste des Senn auf dem Neubau. Am 5. April war gerade keine Maurerarbeit mehr zu verrichten. Senn wies daher den Kläger an, den Zimmerarbeitern beim „Aufrichten" zu helfen. Bei dieser Arbeit fiel er mehrere Meter tief herunter und zog sich eine erhebliche Verletzung der Wirbelsäule zu. Er belangte die beiden Beklagten solidarisch auf Entschädigung nach Haftpflichtrecht. Jeder der Beklagten wollte die Verantwortlichkeit auf den andern abwälzen. Das Bundesgericht, in Uebereinstimmung mit dem zürch. Obergericht, verurteilte beide, weil bei den eigenartigen Verhältnissen im kritischen Moment beiden die Verfügung über die

Digitized by Google

Arbeitskraft des Klägers zugestanden sei, und weil bei der Uebung gegenseitiger Aushilfe an den von den verschiedenen Arbeitern gemeinsam ausgeführten Arbeiten beide in gleicher Weise interessiert gewesen seien.

Urteil vom 10. Oktober 1907 i. S. *Senn & Hagmann* c. *Ineichen.*

2. Haftpflicht aus Gewerbebetrieb; Betriebsunfall.

Der Kläger stand als Spengler im Dienste des Beklagten, dessen Betrieb der Fabrikhaftpflicht untersteht. Am 13. oder 14. Juli 1904 hatte er im Auftrage des Beklagten am Haus einer Frau Bodmer in Zürich V eine Reparaturarbeit vorzunehmen. Frau Bodmer zeigte ihm vor dem Hause die defekte Stelle beim Dachkennel. Der Kläger begab sich hierauf um das Haus herum zur Haustüre. Dabei glitt er auf einer vor der Tür befindlichen Zementplatte aus, fiel halb rücklings auf die ausgestreckte rechte Hand und verstauchte sich den Daumen.

Seine Haftpflichtklage gegen den Dienstherrn wurde von allen Instanzen gutgeheissen. Ueber die bestrittene Frage, ob der Kläger beim Betriebe verletzt worden sei, sagt das bundesgerichtliche Urteil:

„Das Betreten des Hauses war eine Tätigkeit, deren „Zweckbestimmung unmittelbar auf den Betrieb gerichtet „war, die ausschliesslich im Interesse des Betriebes ge„schah und sich somit als Betriebsverrichtung im weitern „Sinn darstellt (vgl. B G E. 32 II, S. 32; 25 II, S. 168). „Der Kläger ist daher jedenfalls „beim Betriebe", „im „Dienste", verunglückt. Aber nicht nur dieser äussere „Zusammenhang zwischen Unfall und Betrieb ist vorlie„gend vorhanden, sondern der erstere steht zu letzterem „auch in einer innern, kausalen Beziehung. Der Unfall „geschah in der Weise, dass der Kläger auf der wohl „glatten Zementplatte vor der Haustür ausglitt und zu „Fall kam. Er hat sich also aus der Dienstverrichtung „selber, die dabei als ein Element des Unfalls erscheint, „unmittelbar entwickelt, und nicht aus einem äusseren, „dem Betrieb fremden Ereignis, dessen Eintritt ausserhalb „aller Berechnung lag. Der Betrieb war hier auch dess„halb nicht blos zufällige Veranlassung für den Unfall, „sondern eigentliche Ursache im Rechtssinn, weil das „Gehen über etwas glatten Boden, wie es hier der Betrieb „für den Kläger mit sich brachte, nach der Erfahrung

Digitized by Google

„des Lebens generell geeignet ist, Unfälle dieser Art her-
„beizuführen, und der eingetretene Erfolg sich somit als
„durch die Betriebstätigkeit begünstigt darstellt“ (vgl.
B G E. 33 II, S. 23).

Urteil vom 17. Oktober 1907 i. S. *Huber* c. *Ott*.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher und Oberrichter *Folletête*.

---

1. Grundsätze der Haftung aus Fabrikbetrieb, speziell der Berechnung der Entschädigungssummen. Begriff des Betriebsunfalls. Zufallsabzug. Abzug für Kapitalabfindung.

Fritz Bürki ca. *Johann Krähenbühl*.
20. Februar 1907. (I. Abteilung.)

Entscheidungsgründe:

1. In erster Linie ist der Einwand des Beklagten, es handle sich in casu nicht um einen *Betriebs*unfall, als unbegründet zurückzuweisen. Denn einmal ist unerheblich, ob sich der Unfall *innert der Arbeitszeit* des Verletzten oder ausserhalb derselben ereignet hat (Scherrer pag. 37, B. G. E. Bd. 18, pag. 362, Erw. 2); wesentlich ist nur, dass die Verrichtung, bei welcher der Unfall passierte, zum Betriebe des haftpflichtigen Gewerbes gehört, oder dass doch der Verletzte infolge seiner Stellung als Arbeiter im Momente des Unfalles in befugter Weise in Berührung mit dem Unternehmen geblieben ist (vgl. B. G. E. Bd. 22, pag. 147).

Sodann gehört das *Holen des Werkzeuges* auf dem Arbeitsplatz zweifellos zu den Verrichtungen, die mit dem Baugewerbe im Zusammenhange stehen und demgemäss nach Art. 1, Ziff 2, litt. a des Gesetzes von 1887 betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht ausdrücklich als haftpflichtig erklärt sind.

Endlich gilt auch ein Unfall *auf dem Wege zur Arbeit* nach allgemeiner Anschauung (vgl. Scherrer, Haftpflicht des Unternehmers, pag. 37, B. G. E. Bd. 30 II,

Digitized by Google

N° 67) wenigstens dann als Betriebsunfall, wenn er innerhalb der Betriebsstätte, d. h., auf den vorliegenden Fall angewendet, auf dem Bauplatz, sich ereignet.

Es liegt in casu also zweifellos ein *Betriebsunfall* vor, für den der Beklagte, der unbestrittenermassen unter der Herrschaft des Ausdehnungsgesetzes steht, *grundsätzlich haftpflichtig* ist.

2. Was nun weiterhin zunächst den Streit der Parteien um die in Art. 20 und 21 der Klage namhaft gemachten Posten betrifft, so ist einmal mit Bezug auf den erstern in Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urteil festzustellen, dass er nicht admittiert werden kann; denn er wird für „Untersuchungen und Gutachten", also nicht für Auslagen, die zum *Zweck der Heilung*, für ärztliche Behandlung und andere daherige Hülfsmittel gemacht wurden (B. G. E. Bd. 18, pag. 810, Bd. 21, pag. 141), sondern eben für Kosten, die zur Feststellung des Tatbestandes, zu *Prozesszwecken* veranlasst wurden, in Rechnung gebracht. Diese Kosten bilden nun aber nicht einen Bestandteil des nach Art. 6 H. G. zu ersetzenden Schadens, sondern gehören zu den *Prozesskosten* und fallen demnach bei Berechnung des Umfangs der dem Beklagten aufliegenden Unfall-Schadenersatzhaftpflicht nicht in Betracht.

Von dem zweiten, in Art. 21 der Klage geforderten Posten für Reisen gehören nun in der Tat zu den Heilungskosten die Auslagen, die für Reisen zu Heilungszwecken in Anschlag gebracht werden, nicht aber die Auslagen für zu Prozesszwecken unternommene Reisen

4. Mit Bezug nun auf die wesentliche zwischen Parteien streitige Frage, ob der Zufallsabzug nur zuzulassen sei hinsichtlich der Forderung für partielle Invalidität oder auch für die dem Kläger während seiner *absoluten* Erwerbsunfähigkeit ausbezahlten *„Lohnbeträge"* und die *Heilungskosten*, ist zu beachten, dass Art. 5 H. G. schlechtweg von der Reduktion der *Ersatzpflicht* des Unternehmers *im Allgemeinen* spricht und Art. 6 leg. cit. bestimmt, worin diese Ersatzpflicht besteht. Da nun nach litt. b dieses Artikels die Ersatzpflicht hinsichtlich des durch Erwerbsunfähigkeit jeder Art (gänzliche oder teilweise, dauernde oder vorübergehende) verursachten Schadens und hinsichtlich der Heilungskosten und Verpflegungskosten besteht, so ist klar, dass die Reduktion

Digitized by Google

nach Art. 5 auf der Gesamtsumme, die nach Art. 6 dem Unternehmer auffällt, vorzunehmen ist (Zürcher Bl. 1902, pag. 171; H. G. E. 1897, pag. 290; Revue 16 N° 24). Der Kläger beruft sich zwar gegenüber dieser Auffassung auf einen Entscheid des Bundesgerichts (B. G. E. Bd. 18, pag. 359), aus dem allerdings geschlossen werden könnte, dieser Gerichtshof huldige der vom Kläger vertretenen Ansicht. Allein aus der Fassung des Entscheides ergibt sich deutlich, dass der oberste Gerichtshof die hier im Streite liegende Frage keineswegs etwa grundsätzlich und auch nicht bloss im Vorbeigehen *lösen* wollte, sondern, ohne diese Frage zu erörtern und seine Annahme zu begründen, die vom Kläger herbeigezogene Berechnung aufgestellt hat.

Ist aber nach dem Ausgeführten, ein Abzug für Zufall von der *Gesamt*schadenersatzsumme vorzunehmen. so sind, wenn der Betriebsunternehmer bei Beginn des Prozesses bereits einen Teil des Gesamtschadens durch sogenannte à Conto Lohnzahlungen oder durch Bezahlung der Heilungskosten ersetzt hat, auch *diese* Beträge bei der prozentualen *Teilung des Gesamtschadens* zwischen Unternehmer und Verletztem mit zu berücksichtigen; denn der Unternehmer hat eben nicht einen Teil jedes *einzelnen* Schadens*postens* zu vergüten, sondern einen Teil des *Gesamt*schadens, wobei die von ihm geleisteten Zahlungen bei Feststellung des von ihm herausgeschuldeten Saldos von dem ihm auffallenden Teil des Gesamtschadens in Abzug zu bringen sind (vgl. Zeitschr. des bern. Juristenvereins Bd. 40, pag. 227 ff.). Hiebei ist sodann noch zu beachten, dass die für die Dauer der absoluten Arbeitsunfähigkeit geleisteten à Conto Zahlungen — wie in der Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 40, pag. 227 näher ausgeführt ist — nicht *Lohn*zahlungen im eigentlichen Sinne, also Vergütungen für geleistete Dienste darstellen, sondern die *Natur eines Ersatzes* des durch den Unfall verursachten *Schadens* tragen.

Der Unternehmer deckt eben durch diese Auszahlungen — ohne dass die dem „Lohnbetrag" entsprechenden Dienste geleistet werden — bereits einen Teil des vom Verletzten erlittenen Schadens und vermindert dadurch den ihm auffallenden Teil des Gesamtschadens.

Digitized by Google

Diesem Charakter der fraglichen Beträge entsprechend, hat denn in casu der Beklagte die daherigen Zahlungen auch in seinem „Unfallregister“ gebucht. Schon dieser Umstand spricht gegen die Annahme eines Verzichtes des Beklagten auf Ausdehnung des Zufallsabzuges auch auf die schon bezahlten Beträge; aber auch sonst könnte ein Verzicht, wie ihn der Kläger behauptet, aus keinerlei prozedürlichen Tatsachen gefolgert werden.

Was nun die *Höhe* des Zufallsabzugs anlangt, so dürfte dieselbe nach der bisherigen Praxis (Scherrer, Haftpflicht des Unternehmers pag. 135, B. G. E. X, 367 Erw. 2, XXIII[1] pag. 882 Erw. 5: 20%; Makenroth pag. 72: 4½—30%) auf regelmässig 17—18% anzuschlagen sein.

5. Der Beklagte will weiterhin auch für die Vorteile der *Kapital*entschädigung an der von ihm nach der nackten Berechnung zu leistenden Summe noch einen Abzug machen. Allein bei so kleinen Entschädigungsbeträgen, wie sie vorliegend in Frage stehen, rechtfertigt sich, wie das Bundesgericht schon mehrfach festgestellt hat (vgl. B. G. E. Bd. 28, pag. 43, Bd. 32[II] N° 12), ein Abzug für die Kapitalabfindung als solche *nicht*, indem die Vorteile des Bezuges einer einmaligen Kapitalsumme, statt einer jährlichen Rente, bei so kleinen Beträgen wenn nicht illusorisch, so doch nicht derart sind, dass sie eine prozentuale Reduktion des Entschädigungsbetrages rechtfertigen würden. Wohl aber erscheint es begründet, bei der Berechnung der Kapitalentschädigung für die *dauernde* partielle Erwerbseinbusse einen kleinen Abzug zu machen, mit Rücksicht darauf, dass in die Rentenkapitalberechnung die mutmassliche *Lebensdauer* als Faktor eingestellt wird, während *re vera* nur die mutmassliche Dauer der normalen Arbeitsfähigkeit eingestellt werden sollte; diese nun wird stets niedriger sein als die Lebensdauer (vgl. B. G. E. Bd. 32[II] N° 12), da ja immer Momente vorübergehender Arbeitsunfähigkeit, infolge von Krankheit oder durch andere Umstände, eintreten.

6. Wendet man die im Vorstehenden enthaltenen Feststellungen der Praxis auf den vorliegenden Fall an, berücksichtigt man zudem die Vermögenslage der Parteien und den Umstand, dass die Heilungskosten vor-

Digitized by Google

liegend ziemlich hoch kommen, den Kläger zu dem ihm auffallenden Teil also erheblich drücken müssen, und zieht man in Betracht, dass die neuere Tendenz des Bundesgerichtes überhaupt dahin geht, die Abzüge für Zufall und Kapitalabfindung zu reduzieren (Journal des Tribunaux 1905, pag. 210), so erscheint es gerechtfertigt, für Zufall nur 15 % abzuziehen, wenn der Unfall auch an sich ein sehr zufälliger, normalerweise nicht voraussehbarer genannt werden muss (vgl. Zeitschr. für schweiz. R. Bd. 25, pag. 419).

Korrigiert man ausserdem den für die *dauernde* Invalidität zu vergütenden Betrag mit Rücksicht auf den erwähnten Umstand um 3 %, so stellt sich die Rechnung in casu folgendermassen: . . . . .

2. Art. 19 des Gesetzes betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter: Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten unter sich und gegenüber Dritten; Kollision der beiden anwendbaren Gesetzgebungen.

Henriette Clerc ca. *Optische Industrie-Anstalt von L. & E. Goldschmidt.*

22. Februar 1907. (II. Abteilung.)*

Aus den Entscheidungsgründen:

3. In der Sache selbst wird der Eigentumsanspruch der Beklagten an den in Rede stehenden, in Art. 3 des Nachtrages vom 30./31. März 1906 spezifizierten Gegenständen seitens der Klägerin einzig auf Grund der von ihr behaupteten Ungültigkeit des Weibergutsherausgabeaktes vom 23. September 1905 bestritten.

In dieser Beziehung steht tatsächlich folgendes fest:

Die Eheleute Clerc-Marti haben sich am 31. Januar 1902 in Môtiers (Neuenburg), dem Heimatorte des Ehemannes Clerc, miteinander verheiratet und ihr erstes eheliches Domizil hatten sie ebenfalls im Kanton Neuenburg, in Auvernier. Es wurde zwischen ihnen kein Ehevertrag abgeschlossen. Später zogen sie nach Biel, ohne aber ihre internen Güterrechtsverhältnisse durch eine Erklärung im Sinne von Art. 20 des Bundesgesetzes

*) Der Entscheid wurde vom Bundesgericht im Wesentlichen aus den nämlichen Motiven bestätigt.

Digitized by Google

vom 25. Juni 1891 betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter dem Rechte ihres neuen Wohnsitzes zu unterstellen.

Durch den Weibergutsherausgabeakt vom 23. September 1905, der unter Beobachtung aller im altbernischen Rechte vorgesehenen Förmlichkeiten errichtet worden ist, anerkannte der Ehemann Clerc, dass ihm seine Ehefrau laut Weibergutsempfangschein vom 21. September 1905 ein Vermögen im Betrage von Fr. 8155.— in die Ehe gebracht habe und gab ihr auf Rechnung der privilegierten Hälfte desselben mit Fr. 4077.50 die dort aufgeführten Gegenstände im Gesamtschatzungswerte von Fr. 2497.20 heraus, so dass er ihr noch Fr. 1580.20 schuldig bleibe.

Die Argumentation der Klägerin geht nun dahin, dass dieser Herausgabeakt im Hinblick darauf, dass nach neuenburgischem ehelichem Güterrecht eine derartige eigentümliche Herausgabe von Mobilien an die Ehefrau seitens des Ehemannes unzulässig sei, der Rechtsbeständigkeit ermangle und dass infolgedessen die betreffenden Mobilien Dritten gegenüber als Alleineigentum des Ehemannes Clerc zu betrachten seien.

Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass vorliegend, weil es sich um eine die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten Clerc gegenüber Dritten beschlagende Frage handelt, gemäss Art. 19. Al. 1, l. c. das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes, also das altbernische Recht massgebend sei.

4. Es ist zuzugeben, dass die in Satz. 105 C. und durch das Gesetz vom 26. Mai 1848 betr. die Erläuterung einiger Bestimmungen des Personenrechts normierte eigentümliche Herausgabe des Wertes der privilegierten Weibergutshälfte *in erster Linie* die Sicherstellung der Rechte der Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann bezweckt und dass man es *insofern* mit einem Institut zu tun hat, welches als Ausfluss der internen Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten unter einander sich darstellt und dessen Rechtswirksamkeit mithin gemäss Art. 19, Al. 1, l. c. nach dem Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes zu beurteilen ist. Nach dieser Richtung unterliegt es aber keinem Zweifel, dass der Herausgabeakt vom 23. September 1905 als ungültig bezw. rechtsunwirksam anzusehen wäre, denn das Recht des ersten ehelichen

Digitized by Google

Domizils der Ehelente Clerc, d. h. das neuenburgische Recht, welches das System der Errungenschaftsgemeinschaft adoptiert hat (Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts Bd. I, S. 255/256), gibt der Ehefrau zur Sicherung ihres Frauengutes lediglich eine Klage auf Gütertrennung (Huber, das. S. 315/316) und von einer eigentümlichen Herausgabe der Hälfte ihres Frauengutes nach Mitgabe des altbernischen Rechtes könnte daher keine Rede sein.

Die Wirkungen der Weibergutsherausgabe nach bernischem Rechte beschränken sich nun aber keineswegs auf das Verhältnis der Ehegatten unter sich, vielmehr erstrecken sich diese Wirkungen *auch auf das Verhältnis der Ehegatten zu den Gläubigern des Ehemannes*, denn nach Art. 2 des Gesetzes vom 26. Mai 1848 steht den letztern, wenn sie sich durch eine solche Vermögensherausgabe benachteiligt glauben, das Recht der Pfändung, bezw. der admassam-Ziehung der der Ehefrau herausgegebenen Gegenstände *behufs Erzielung eines allfälligen Mehrerlöses* zu, und insofern als es sich darum handelt, ob den Gläubigern des Ehemannes ein solcher Herausgabeakt entgegengehalten werden könne, hat man es daher mit einer Frage des *externen* ehelichen Güterrechts zu tun, die sich laut Art. 19, Al. 2, l. c. nach dem Rechte des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes regelt, wie denn auch das Gesetz dieses Recht speziell mit Bezug auf die Rechtsstellung der Ehefrau den Gläubigern des Ehemannes gegenüber im Konkurs des Ehemannes oder bei einer gegen denselben vorgenommenen Pfändung als massgebend erklärt.

Gerade mit dem letztern Fall hat man es aber hier zu tun: es fragt sich nämlich, ob die Klägerin anlässlich der gegen den Ehemann Clerc ausgeführten Pfändung sich die Berufung der Ehefrau Clerc darauf gefallen lassen müsse, dass ihr die betreffenden Gegenstände von ersterem zur Sicherung ihres Frauengutes eigentümlich abgetreten worden seien und für die Entscheidung dieser Frage macht somit das altbernische Recht Regel.

An dieser Spaltung eines einheitlichen Rechtsinstitutes des bernischen ehelichen Güterrechts darf keineswegs Anstoss genommen werden, denn das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse

Digitized by Google

der Niedergelassenen und Aufenthalter hat eben bezüglich der Materie des ehelichen Güterrechts in bewusster Absicht einen Dualismus in der Weise geschaffen, dass die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten unter einander stets vom Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes beherrscht werden sollen, während für diese Verhältnisse gegenüber Dritten das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes als massgebend erklärt wird. Dass die Anwendung zweier verschiedener Gesetzgebungen mit Bezug auf das Güterrecht der nämlichen Ehegatten, je nachdem es sich um das Verhältnis der Ehegatten unter sich oder gegenüber Dritten handelt, zu Kollisionen führen muss und dass es sich juristisch gar nicht konstruieren lässt, dass eine Ehefrau zwar den Gläubigern ihres Ehemannes gegenüber, nicht aber dem letztern selbst gegenüber als Eigentümerin der betreffenden Mobilien erscheint, liegt auf der Hand; allein es ist dies eben eine notwendige Folge der Tendenz des Gesetzgebers, die Gläubiger des Ehemannes dadurch zu schützen, dass ihnen die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes und die Berufung der Ehegatten auf dasjenige Güterrecht, unter welchem sie die Ehe eingegangen, cessiert (s. den Fall Henneberg in den Schweiz. Bl. für handelsrechtl. Entsch. Bd. 13, S. 129 ff.). Uebrigens handelt es sich ja bei den Widerspruchsstreitigkeiten gemäss Art. 107 ff. B. u. K. nicht sowohl um die Frage, ob der Ansprecher als Eigentümer der betreffenden Sachen in absolutem Sinne anzuerkennen sei, als vielmehr darum, ob er sich die Beschlagnahme derselben durch die betreibenden Gläubiger gefallen lassen müsse oder nicht; die Eigentumsfrage wird nur ad hoc erledigt und die Wirkungen des Urteils beschränken sich auf die am betreffenden Betreibungsinzident beteiligten Personen.

Eine logische Folge des Grundsatzes, dass die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten gegenüber Dritten stets dem Rechte des jeweiligen Wohnsitzes der Eheleute unterstellt sind, ist nun aber der Ausschluss der Berechtigung der Dritten, auf das interne Güterrecht der Ehegatten sich zu berufen, bezw. daraus Einwendungen gegen die Gültigkeit oder Rechtsbeständigkeit eines Rechtsinstitutes herzuleiten, wodurch die Gesetzgebung des jeweiligen Domizils der Eheleute den Schutz des Frauengutes bezweckt, und zwar spielt hier auch die Vorschrift von

Digitized by Google

Art. 20, 1. c. keine Rolle, denn dort wird den Eheleuten lediglich die *Befugnis* eingeräumt, auch das interne Güterrecht dem Recht des Wohnortes zu unterstellen, und wenn sie von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen, so bleibt es eben bei der Regel der Unwandelbarkeit des internen ehelichen Güterrechts; für die Regelung des externen ehelichen Güterrechts, welches unter allen Umständen von dem Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes beherrscht wird, ist es dagegen durchaus ohne Belang, ob die Eheleute sich dem Recht des neuen Wohnsitzes unterstellen oder nicht.

Es entspricht übrigens auch einzig der Natur der Sache, dass die Gläubiger des Ehemannes, in deren Interesse das Prinzip der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes vom Gesetze durchbrochen worden ist, auch diejenigen Normen des ehelichen Güterrechtes des jeweiligen Wohnsitzes gegen sich gelten lassen müssen, welche auf den Schutz des Frauenvermögens Bezug haben, denn sonst wäre es ja der Ehefrau überhaupt unmöglich, ihre Rechte am Frauenvermögen zu sichern, da die bezüglichen Vorschriften des ersten ehelichen Domizils den Dritten nicht entgegengehalten werden können und mithin eine Sicherung nur nach Mitgabe der Gesetzgebung des jeweiligen ehelichen Domizils denkbar ist.

Macht somit hinsichtlich des Umfanges des den Gläubigern des Ehemannes bei einer gegen denselben ausgeführten Pfändung oder in einem gegen denselben durchgeführten Konkurse an seinem Vermögen zustehenden Beschlagsrechtes das Recht des jeweiligen ehelichen Domizils, im vorliegenden Falle also das altbernische Recht, unbedingt Regel, so ist es klar, dass die Klägerin den auf den Weibergutsherausgabeakt vom 23. September 1905 sich gründenden Eigentumsanspruch der Beklagten gegen sich gelten lassen muss, denn das Gesetz vom 26. Mai 1848 räumt in Art. 2 den Gläubigern des Ehemannes als Rechtsbehelf gegen eine allfällige Benachteiligung infolge einer solchen Vermögensherausgabe lediglich die Befugnis ein, die der Ehefrau herausgegebenen Gegenstände zu pfänden, bezw. deren admassam-Ziehung zu verlangen und auf einen bei deren Vergantung, bezw. Verwertung sich allfällig ergebenden *Mehrwert* zu greifen. Ihre daherigen Rechte sind mit-

Digitized by Google

hin gesetzlich genau umschrieben und es ergibt sich daraus, dass ihnen weitergehende Rechte am Frauengut, bezw. an den der Ehefrau zur Sicherstellung der privilegierten Hälfte desselben herausgegebenen Gegenständen nicht zustehen und dass sie, immerhin unter dem erwähnten Vorbehalte, den Eigentumsanspruch der Ehefrau an den betreffenden Gegenständen respektieren müssen.

8. Zugrecht: Natur und Entstehung des Retraktrechts. Ausübung des Rechts für einen Andern? Verzicht auf das Zugrecht?

Vögeli ca. *Ingold.*
26. Februar 1907. (I. Abteilung.)

Entscheidungsgründe:

1. Es ist bereits festgestellt worden, dass die formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung des Zugrechts durch den Kläger vorliegend nach allen Richtungen gegeben sind. Der Gutheissung der Klagsbegehren steht nichts entgegen, als die beiden vom Beklagten erhobenen Einwände, die dahin gehen, der Kläger wolle den Kaufsgegenstand einem andern zuwenden und habe auf das Zugrecht verzichtet; die Begründetheit dieser Einwände ist auf Grund des relevierten Beweismaterials nunmehr zu untersuchen.

2. Der erste der Einwände fällt mangels genügenden Beweises ohne Weiteres dahin, indem sich aus der Eidesdeposition des Klägers, auf die der Beklagte den Nachweis seiner Behauptungen abgestellt hat, keinerlei Tatmomente ergeben, die einen Schluss auf die Absicht des *Klägers*, das Gut oder einzelne Teile desselben einem Dritten zuzuwenden, zulassen würden, sondern höchstens Momente, nach denen auf die Absicht *eines Dritten*, einen Teil des Gutes zu *erwerben*, geschlossen werden könnte.

Bei dieser Sachlage braucht denn gar nicht geprüft zu werden, ob, wenn Albert Vögeli bereits bestimmte Abmachungen über eine Veräusserung des Wohnstockes und der Weiermatte getroffen hätte, sein Recht defizieren würde, oder ob nicht vielmehr einmal grundsätzlich anzunehmen sei, dass der Züger sein Recht auch ausüben dürfe mit der ausgesprochenen Absicht, das gezogene Grundstück wieder zu veräussern, sofern er dabei

Digitized by Google

einen Gewinn realisieren kann und will (vgl. Ztschr. d. bern. Jur. Ver. Bd. XII, pag. 281, Anm. des Referenten), und sodann mit Bezug auf den vorliegenden Fall, dass jedenfalls hier, wo der Züger das Gut *nach seinen hauptsächlichsten nnd wichtigsten Bestandteilen* behalten und bloss einzelne Teile veräussern wolle, von einer Ausübung des Rechts *für einen Andern* (Satz. 823) nicht gesprochen werden könnte.

3. Schwieriger gestaltet sich die Untersuchung der Frage, ob aus den Handlungen des Klägers, wie sie die Beweisführung ergeben hat, auf einen *Verzicht* auf das geltend gemachte Recht geschlossen werden darf.

Bei Prüfung dieser Frage ist auf die Natur und Entstehung des Zugrechts zurückzugehen, indem die in Frage stehenden Handlungen des Klägers sich von einem rechtlich verschiedenen Gesichtspunkte aus beurteilen, je nachdem man annimmt, das Zugrecht habe im Moment der Vornahme jener Handlungen schon bestanden, oder es sei erst später existent geworden.

Ein *Verzicht* im eigentlichen Sinne ist nämlich nur hinsichtlich eines Rechtes denkbar, das schon besteht, während mit Bezug auf ein Recht, dessen Entstehung noch in der Zukunft liegt, höchstens eine Verpflichtung eingegangen werden kann; es nicht erwerben, bezw. nicht geltend machen zu wollen, wobei dann einer Geltendmachung des Rechts trotz dieser Verpflichtung, nachdem es existent geworden ist, die *exceptio doli generalis* entgegengehalten werden könnte.

Der Appellations- und Kassationshof hat in seinem Entscheide i. S. Hänni ca. Hänni vom 23. März 1897 (Ztschr. d. bern. Jur. Ver. Bd. 34, pag. 30 ff.) in Anlehnung an eine auch in der Doktrin verfochtene Meinung (vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht, Laband im Archiv für die zivilist. Praxis Bd. 52) den Charakter des Zugrechts für das bernische Recht dahin bestimmt, dass es weder ein persönliches Recht sei, noch auch ein dingliches in dem Sinne, dass es auf die Sache selbst gehe, sondern ein *absolutes Recht sui generis*, das gegenüber jedermann Geltung habe und das für den begünstigten Verwandten des Verkäufers in dem Moment entstehe, in welchem dieser die unbewegliche Sache einem Dritten überlassen hat, also mit der Fertigung des bezüglichen Kaufvertrages (Leuenberger Bd. II, pag. 486).

Digitized by Google

Das Retraktrecht hat also nicht Vorkaufsrechts-Natur und steht im Weiteren dem Zugberechtigten weder von Geburt an zu, noch überhaupt vor dem Zeitpunkt, wo die legalen Voraussetzungen zu seiner Geltendmachung vorhanden sind, ist auch vor dem Eintritt dieser gesetzlichen Voraussetzungen nicht etwa bedingt vorhanden; vielmehr besteht vorher nur eine gewisse Anwartschaft des Zügers.[1])

Von dieser Grundlage ist bei der Beurteilung des vorliegenden Streites auszugehen. Da vom Beklagten zur Begründung seiner Einrede des Verzichts bloss Handlungen des Zügers beigezogen worden sind, die *vor* den Zeitpunkt der Fertigung fallen, so kann nach dem Gesagten ein Verzicht im engeren, eigentlichen Sinne, ein Verzicht auf ein schon *existentes* Recht nicht in Frage kommen, sondern ist die Einrede dahin aufzufassen, dass der Kläger sich durch sein Verhalten verpflichtet habe, das *in der Zukunft*, d. h. mit der Fertigung zur Entstehung gelangende Zugrecht nach seinem Entstehen nicht geltend zu machen und dass sein Rechtsbegehren daher als *dolos* zurückzuweisen sei; nach diesem Gesichtspunkte ist der Standpunkt des Beklagten auf seine Begründetheit hin zu prüfen.

4. Die ersten Anhaltspunkte zur Begründung dieser seiner Einrede schöpft der Beklagte aus dem Verhalten des Klägers bei den Kaufsverhandlungen um das in Frage stehende Gut. Dabei fallen jedoch sogleich ausser Betracht die Vorkommnisse bei Anlass der Verhandlungen mit anderen, früheren Kaufsliebhabern, als dem Beklagten. Denn es ist vorliegend nur zu untersuchen, und einzig wesentlich, ob der Kläger dem *Beklagten* gegenüber eine Verpflichtung der angegebenen Art eingegangen sei und Handlungen Dritten gegenüber können hiefür in keiner Weise bestimmend sein. Auch Indizienwert kommt ihnen nach der ganzen Sachlage nicht zu; denn die in Betracht fallenden Handlungen des Klägers Dritten gegenüber sind — soweit sie überhaupt gehen — die nämlichen, wie die dem Beklagten gegenüber vorgenommenen und lassen dieselben Zweifel offen, so dass man aus ihnen für die Beurteilung der Frage, ob der Kläger auf sein Recht habe verzichten wollen, nichts gewinnt.

Fasst man nun die Rolle ins Auge, die der Kläger

[1]) Wir halten diese grundlegende Anschauung, wie überhaupt den ganzen Entscheid, für anfechtbar. *Gmür.*

Digitized by Google

bei den Verhandlungen mit dem *Beklagten* gespielt hat, so ist allerdings zuzugeben, dass sein damaliges Gebahren ja wohl mit seiner heutigen Stellung als Kläger in einem Widerspruche zu stehen scheint, indem er damals nicht nur dem Beklagten als Kaufliebhaber das Gut zeigte und sogar anpries, sondern auch, trotz seiner Anwesenheit bei den sämtlichen Verhandlungen, keinerlei Vorbehalt im Hinblick auf sein Retraktrecht machte, vielmehr den Dingen ihren Lauf liess; mehr allerdings ist nicht nachgewiesen, namentlich nicht, dass er den Beklagten zum Kaufabschluss unter den dann vereinbarten Bedingungen drängte. Allein fasst man das Beweisergebnis — die Eidesdeposition des Klägers — näher ins Auge, so treten zwei wesentliche Momente hervor, nach denen der beklagtische Standpunkt nicht begründet erscheinen kann:

Der Kläger sagt unter dem Eide aus, dass er allerdings den Brüdern Ingold den Hof gezeigt habe, dass er sie aber, als er sah, dass sie kauflustig seien, *an die Mutter gewiesen habe für die eigentlichen Verhandlungen.* Und weiterhin deponiert er, indem er allerdings zugibt, dass er der Mutter handeln half: „Als die Mutter „auf Fr. 95,000.— zurückgegangen war, sagte ich zu „ihr, *das hätte sie jetzt nicht machen sollen.*"

In zwei wichtigen Momenten hat also der Kläger seine Stellung, die er heute bei Geltendmachung des Zugrechts einnimmt, durchaus gewahrt: Er hat die Verantwortung für das Geschäft von sich abgelehnt und die Mutter, auch dem heutigen Beklagten gegenüber, deutlich als die handelnde und entscheidende Person bezeichnet, und er hat im Moment, wo das Geschäft zum Abschluss gelangte, seiner Missbilligung der von der Mutter gestellten Bedingungen Ausdruck gegeben. Dass er nachher diesen Bedingungen doch zugestimmt habe, ist nicht dargetan, indem die Behauptung des Beklagten, Albert Vögeli habe ihn ermuntert, von Fr. 94,500.— auf Fr. 95,000.— zu gehen, nicht als bewiesen angesehen werden kann (vgl. die Eidesdeposition zu Art. 35).

Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, dass der Käufer Ingold aus der Haltung des Klägers schliessen durfte, dieser sei mit dem Handel einverstanden und zwar nicht bloss einverstanden, dass der Kauf unter den genannten Bedingungen abgeschlossen werde, sondern

Digitized by Google

— und darauf kommt es an — derart einverstanden, dass der Käufer das Gut nehmen *und behalten* solle. Dies kann nicht angenommen werden, trotzdem Albert Vögeli weder damals noch später bis zur Fertigung gegen den Verkauf protestierte, und trotzdem er damals in keiner Weise seine Absicht zu „ziehen" äusserte, oder sich das Zugrecht vorbehielt. Denn sein Schweigen war nicht dasjenige eines Mannes, der ein Recht *hat* und der protestlos zusieht, wie ihm das Recht von Dritten *weggenommen* wird, ja der sogar in gewissem Sinne sich an den *ihn beraubenden* Handlungen dieser Dritten beteiligt, woraus denn wohl unter Umständen ein Verzicht des Betreffenden auf das fragliche Recht hergeleitet werden könnte. Vielmehr besass nach der Sachlage der Kläger ein Recht *noch nicht*, ein solches wurde durch den Verkauf auch nicht bedroht, sondern im Gegenteil erst zum Entstehen gebracht; deshalb hatte er auch keinen Grund, Protest zu erheben. Sein Handeln war aber ebenfalls nicht derart, dass es ihn *für die Zukunft* band, dass der Käufer darin eine Verpflichtung, das Zugrecht dereinst nicht geltend machen zu wollen, erblicken musste und dass demnach, wenn seine Absicht doch auf die Geltendmachung dieses Rechtes ging, Treu und Glauben eine Erklärung von ihm gefordert hätten.

Deshalb kann das Verhalten des Klägers vor und bei den Kaufsverhandlungen der Klage mit Grund nicht entgegengehalten werden.

5. Dasselbe gilt hinsichtlich des Umstandes, dass der Kläger als Vertreter seiner Mutter bei der Kaufsverschreibung mitwirkte.

Es steht prozedürlich fest, dass die Mutter den Kläger aufforderte, mit dem Käufer zum Notar zu gehen und sodann die vom Schwager des Klägers aufgesetzte Vollmacht unterzeichnete, dass sie ihn also in Gegenwart des Käufers zum Vertreter bestellte und damit die Stellung, die er bei dem Akte einzunehmen hatte, umschrieb. Umstände, aus denen zu entnehmen wäre, dass der Kläger bei der Verschreibung noch in einer andern Eigenschaft, denn als Mandatar und Vertreter seiner Mutter aufgetreten wäre, haben sich aus der Beweisführung nicht ergeben. Rechtlich kam eine andere Stellung des Klägers hiebei überhaupt nicht in Frage; aber

Digitized by Google

auch *tatsächlich* konnte der Beklagte nach dem Gesagten der Mitwirkung des Klägers keine andere Bedeutung zumessen, darin nicht eine Handlung erblicken, die auch für die *persönliche* Stellung des Klägers bedeutsam war.

6. Es bleibt zu prüfen, ob eine Verpflichtung des Klägers der angegebenen Art darin liege, dass er als unabgeteilter Sohn dem Verkaufe seine Zustimmung gegeben hat.

Leuenberger (Bd. II, pag. 490) verneint grundsätzlich diese Frage und verweist dabei auf einen Aufsatz von Renaud, worin der gleichen Ansicht Raum gegeben ist. Der Auffassung dieser Autoren ist beizupflichten, indem in der Genehmigung des Sohnes an sich, ihrem Sinne und dem Willen des Erklärenden nach, eben nur die Zustimmung zu der Kapitalveränderung und nichts weiter erblickt werden kann. Es darf nicht gesagt werden, die Genehmigung enthalte ohne weiteres die Verpflichtung, das Zugrecht nicht geltend zu machen, indem in ihr der Wille ausgesprochen liege, dass der Käufer die Sache erhalten und behalten solle, was gleichbedeutend sei mit dem Verzicht auf das Zugrecht. Das liegt in dieser Erklärung an sich nicht. Ist sie doch geradezu eine Voraussetzung für die *Entstehung* des Zugrechts. Wer ziehen will, muss den Verkauf genehmigen und erklärt damit nichts weiter, als seine Zustimmung zu der vorgenommenen Vermögensveränderung.

In casu liegt die Sache übrigens so, dass die Genehmigung des Klägers als unter ausdrücklichem Vorbehalt gegeben zu betrachten ist:

Es steht prozedürlich fest, dass Albert Vögeli sich zuerst geweigert hat, den Kauf zu genehmigen und seine Unterschrift erst gab, als ihm erklärt wurde, er verzichte damit keineswegs auf sein Zugrecht. Bei dieser Sachlage ist denn — ganz abgesehen von der grundsätzlichen Lösung — im vorliegenden Falle jedenfalls die Genehmigung des Verkaufes durch den Kläger nicht als Willenserklärung dahin, dass er das Zugrecht nicht geltend machen werde, auszulegen.

7. Nach dem bis dahin Ausgeführten ist es dem Beklagten nicht gelungen, seine Einrede, wonach der Kläger auf das Zugrecht Verzicht geleistet habe, zu belegen.

Die Klage erweist sich mithin als begründet und ist zuzusprechen.

Digitized by Google

4. Art. 127 c. p. c. Il y a connexité entre plusieurs chefs de demande présentés simultanément et leur valeur totalisée détermine le taux du litige lorsqu'ils dérivent d'une seule et même cause juridique.

Banque Populaire Suisse contre *Joseph Rueff*.
27 février 1907 (Ire chambre).

Extraits des considérants:

D'après une remarque se trouvant sur la couverture de son dossier d'appel, l'intimé conteste la compétence de la Cour de céans à l'effet de revoir le jugement de première instance, sauf toutefois en ce qui concerne la jument. L'intimé base son argumentation sur le fait que l'estimation de la jument atteint seule le taux d'appel, celle des autres objets séquestrés, pris individuellement, étant inférieure à fr. 400.—. Il se prévaut de l'arrêt Frankenburg & Ottenstein contre Schmid, Bregger & Cie — cité dans la Revue mensuelle de jurisprudence bernoise vol. XII, p. 90 — par lequel il a été reconnu que la revendication simultanée de plusieurs objets saisis ensemble ne suffit pas à l'effet de créer la connexité exigée par l'art. 127 c. p. c. pour qu'on puisse faire un total de leur valeur en vue de déterminer la compétence. Mais, l'intimé oublie que la revendication simultanée des divers objets séquestrés ensemble n'est pas purement accidentelle, mais est basée sur une seule et même cause juridique, la vente à lui consentie par Séraphin Gogniat, de sorte que la connexité n'est plus contestable. (Voir arrêt Indermauer contre Mühlethaler du 9 mai 1905, avec les arrêts y cités, Zeitschrift vol. 42, p. 144.)

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

1. Art. 459 Al. 3 St. V. Prinzip der Mündlichkeit im Rechtsmittelverfahren. Sobald die Parteien vor der Appellationsinstanz anwesend sind, haben sie ihre Sache mündlich vorzutragen.

Polizeikammer, i. S. *J. G. Trummer*, wegen Unterschlagung, vom 4. April 1907.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe:

„Die Zivilpartei Konkursmasse Bürki stellte vorfragsweise das Begehren, es sei dem Angeschuldigten nicht zu gestatten, sich im heutigen Termine mündlich zu verteidigen, resp. es sei dessen Verteidiger nicht zum mündlichen Vortrag zuzulassen. Zur Begründung dieses Vorfragsbegehrens wurde folgendes angeführt: Der Angeschuldigte habe von dem ihm nach Art. 459 Al. 3 St. V. zustehenden Rechte, sich auf die Einreichung einer schriftlichen Verteidigung zu beschränken, Gebrauch gemacht, damit seien die Parteirechte der Verteidigung erschöpft, eine Zulassung zum mündlichen Vortrage bedeute eine Verkürzung der Parteirechte der Zivilpartei, die nur ein einziges Mal ihre Anbringen vortragen könne, während der Angeschuldigte bei dem von ihm eingeschlagenen Verfahren drei Mal Gelegenheit habe, seine Sache vorzutragen (schriftliche Verteidigung, erster Vortrag, Replik).

Die Polizeikammer kann sich der von der Zivilpartei vertretenen Auffassung nicht anschliessen.

Es ist davon auszugehen, dass Art. 50 der Staatsverfassung vom 4. Juni 1893 für die gerichtlichen Verhandlungen den Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit aufstellt. Das Prinzip der Mündlichkeit im eigentlichen Sinne schliesst in erster Linie die Unmittelbarkeit der Vernehmlassung der interessierten Beteiligten in sich, d. h. die Parteien sollen Gelegenheit haben, in mündlichem Vortrage vor der entscheidenden Behörde zum Worte zu kommen, ehe die Entscheidung erfolgt. Im Hauptverfahren, insbesondere im Rechtsmittelverfahren, welche vom Accusationsprinzip beherrscht sind, spitzt sich das Mündlichkeitsprinzip zur Forderung *mündlicher kontradiktorischer Parteiverhandlung* vor dem urteilenden Richter zu. Sobald also die Parteien vor der Rekursinstanz anwesend sind, haben sie ihre Sache mündlich vorzutragen. Die Vorschrift des Art. 459 Al. 3 bezieht sich nur auf den Ausnahmefall, dass die betreffende Partei ausbleibt. Dies folgt übrigens schon aus dem Wortlaut der angeführten Gesetzesstelle — „jede Partei *endlich* kann sich auf die Einreichung einer schriftlichen Verteidigung *beschränken*“ — und aus Al. 2 des Art. 462 St. V., der das procedere beim *Ausbleiben der Parteien* regelt.

Digitized by Google

Der Verteidiger des Angeschuldigten Trummer ist somit gehalten, die Verteidigung in mündlichem Vortrage anzubringen. Die eingereichten schriftlichen Vorkehren hat das urteilende Gericht nicht in Berücksichtigung zu ziehen."

2. **Zum Tatbestand des Wuchers.** **Der Tatbestand des strafbaren Wuchers ist auch dann gegeben, wenn der Vorteil nicht im Kreditgeschäfte selber, sondern bei einem andern Geschäfte versprochen wird, sofern das letztere eine ausdrückliche oder stillschweigende Bedingung zur Gewährung oder Verlängerung des Kredites bildet.**

Polizeikammer, i. S. *J. G. Trummer*, vom 4. April 1907

3. **Notwehr.** **Dadurch, dass der Angriff seitens des Angegriffenen verschuldet (z. B. provoziert) wurde, wird an sich die Rechtswidrigkeit nicht beseitigt.**

Polizeikammer, i. S. *Jakob Haller und Cons.*, vom 8. April 1907

4. **Wenn die Polizeikammer bereits in einem Zwischenurteile das Vorhandensein eines gültigen Strafantrages angenommen hat, kann der Angeschuldigte das Vorliegen der nämlichen Prozessvoraussetzung im Vortrage zur Hauptsache nicht wiederum in Frage ziehen.**

Polizeikammer, i. S. *Friedrich Ramseyer* und Konsorten, wegen gewerbsmässiger Begünstigung der Unzucht, vom 13. April 1907.

Entscheidungsgründe:

„Was insbesondere die Frage anbetrifft, ob das Delikt der gewerbsmässigen Begünstigung der Unzucht nur auf Antrag der Ortspolizeibehörde, oder auch auf Antrag der Staatspolizeibehörde verfolgt werden könne, so ist zu bemerken:

Die Angeschuldigten haben bereits im Termin vom 22. Januar 1906 vor dem korrektionellen Gerichte von Bern vorfragsweise das Begehren gestellt, es sei die Strafverfolgung gegen sie mangels Vorliegens eines von der kompetenten Polizeibehörde ausgehenden Strafantrages als ungesetzlich zu erklären. Die Polizeikammer hat in ihrem Erkenntnisse vom 8. August 1906 diese Vorfrage abgewiesen, indem sie annahm, dass sowohl

Digitized by Google

die Orts- wie die Staatspolizeibehörden zur Antragstellung befugt sind. Die Frage über das Vorliegen eines gültigen Strafantrages in vorliegender Strafsache ist somit schon im Vorfragsstadium rechtskräftig beurteilt worden. An dieses Zwischenurteil ist aber das urteilende Gericht bei der Beurteilung der Hauptsache gebunden; dieses Erkenntnis ist nicht ein Urteil über eine Vorfrage im technischen Sinne von Art. 312—318, 404, 464 St. V., sondern ein Urteil über eine Prozessvoraussetzung (Vorliegen eines gültigen Strafantrages), durch welches die Frage der Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit des Strafverfahrens definitiv erledigt wurde. Nachdem nun aber die Polizeikammer das Vorhandensein eines gültigen Strafantrages angenommen und damit die Statthaftigkeit des eingeleiteten Verfahrens ausgesprochen hat, können die Angeschuldigten im Vortrage zur Hauptsache das Vorhandensein der nämlichen Prozessvoraussetzung nicht wiederum in Frage ziehen."

5. Gilt der Grundsatz der Unzulässigkeit der reformatio in pejus auch dann, wenn die Rekursinstanz bei einseitiger Appellation des Angeschuldigten das erstinstanzliche Urteil von Amtes wegen kassiert und die Sache zu besserer Behandlung an ein anderes Erstinstanzgericht zurückgewiesen hat?

Polizeikammer, i. S. *Friedrich Albert Ramseyer*, wegen Betrugs, vom 18. April 1907.

Entscheidungsgründe:

„Bei der Strafausmessung ist in erster Linie zu untersuchen, ob das urteilende Gericht gehalten ist, nicht über das Strafmass des kassierten Urteils hinauszugehen. Die Verteidigung bejaht diese Frage mit folgender Begründung: Gegen das Urteil des korrektionellen Gerichtes von Bern vom 27. Juni 1904 habe einzig der angeschuldigte Ramseyer die Appellation erklärt, um eine ihm günstigere Entscheidung herbeizuführen, die Staatsanwaltschaft aber, die das öffentliche Interesse zu wahren hat, habe sich gegen das Urteil nicht beschwert. Dadurch sei eine Erhöhung der erstinstanzlich ausgesprochenen Strafe schlechthin ausgeschlossen, sowohl durch das Urteil der Rekursinstanz, als durch die Entscheidung desjenigen Erstinstanz-

Digitized by Google

gerichtes, an welches die Strafsache zu besserer Behandlung zurückgewiesen wurde.

Das korrektionelle Gericht von Bern stellte sich dagegen auf folgenden Standpunkt: Durch die Kassation sei das frühere Verfahren vernichtet worden, an seine Stelle trete ein durchaus neues. Das alte Urteil sei für das Gericht gar nicht da, indem auch dieses durch die Kassation aus der Welt geschaffen sei. Der Umstand, dass eine Kassation nicht erfolgt wäre, wenn der Angeschuldigte nicht die Appellation erklärt hätte, spiele dabei keine Rolle und könne an der Natur der Kassation nichts ändern.

Die Lösung der vorliegenden Frage ist keine leichte. Die Schwierigkeiten bestehen zunächst darin, dass der Grundsatz des Verbotes der reformatio in pejus nicht in einer ausdrücklichen Bestimmung des Strafverfahrens aufgestellt, sondern bloss durch die Gerichtspraxis auf Grund der in Art. 459 St. V. enthaltenen bezüglichen Angaben in bestimmtem Umfange anerkannt ist; eine weitere Schwierigkeit liegt darin, dass auch die Kassation von Amtes wegen nicht auf eine gesetzliche Bestimmung zurückgeführt werden kann, sondern ebenfalls ein Gebilde der Gerichtspraxis ist und sich aus der Natur der Appellation rechtfertigt.

Die Polizeikammer hält dafür, dass der Grundsatz der Unzulässigkeit der reformatio in pejus auch da seine Geltung behaupten muss, wo die Rekursinstanz bei einseitiger Appellation des Angeschuldigten das erstinstanzliche Urteil von Amtes wegen kassiert und die Sache zu besserer Behandlung an ein anderes Erstinstanzgericht zurückweist. Der Gerichtshof stützt sich dabei auf folgende Gründe:

Das Verbot der reformatio in pejus ergibt sich einesteils aus der Natur der Appellation als das einer Prozesspartei zustehende Anfechtungsmittel gegen Urteile, welches eine Abänderung durch die obere Instanz bezweckt. Der direkte Zweck der vom Angeschuldigten eingelegten Appellation geht dahin, *durch die Rekursinstanz selber* ein *milderes* Urteil als das erstinstanzliche zu erhalten. Andererseits ist das Verbot als eine Forderung der Billigkeit, als eine Vorsorge für die Sicherung der Stellung und der Rechte des Angeschuldigten aufzufassen. Durch die Einlegung eines Rechtsmittels

Digitized by Google

soll der Angeschuldigte ein prozessuales Recht zur Anfechtung des Urteils, durch welches er sich in den von ihm vertretenen Interessen verletzt glaubt, erhalten, ohne befürchten zu müssen, dass ungünstige Zwischenfälle des hierdurch veranlassten Verfahrens oder die strengere Ansicht der Rekursinstanz zu einer Entscheidung führen, welche noch ungünstiger ist, als diejenige, die er angefochten hat, und die ohne diese Anfechtung zu seinen Gunsten in Rechtskraft erwachsen wäre. (Zu vergleichen Glaser, Handbuch des Strafprozesses Bd. I, S. 47.)

Aus der Verbindung dieser beiden Erwägungen ergibt sich der Schluss, dass eine reformatio in pejus auch bei einer erneuten Beurteilung der Strafsache durch ein anderes Erstinstanzgericht unzulässig ist. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Rekursinstanz das erste Urteil in vorliegender Strafsache *von Amtes wegen* kassiert hat. Es kommt nach der Ansicht der Polizeikammer einzig auf den bestimmungsgemässen Zweck des eingelegten Rechtsmittels an, welcher bei der Appellation in einer Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und gleichzeitiger Ersetzung durch eine Entscheidung der obern Instanz besteht. Deshalb ist denn auch in dem Falle, wo das erstinstanzliche Urteil auf eine vom Angeschuldigten eingereichten Nichtigkeitsklage hin nichtig erklärt und zu besserer Behandlung an ein Gericht der Nachbarschaft zurückgewiesen wird, das neue Gericht in keiner Weise an das erste Urteil gebunden. Der Nichtigkeitskläger bezweckt gar nicht unmittelbar und direkt ein anderes Urteil, sondern nur eine vorläufige Aufhebung des erstinstanzlichen Erkenntnisses, damit seine Sache noch einmal ohne die vorgekommenen juristischen Fehler beurteilt werde. Wird das Urteil auf Grund der geltend gemachten Verstösse nichtig erklärt, so ist die Strafsache unter Vermeidung dieser Fehler vollständig von neuem zu untersuchen und zu entscheiden, ohne Berücksichtigung des ersten Urteils.

Die Polizeikammer ist demnach zur Vermeidung einer reformatio in pejus an das vom korektionellen Gericht von Bern in seinem Erkenntnisse vom 27. Juni 1904 ausgesprochene Strafmass insoweit gebunden, als dasselbe nicht überschritten werden darf."

Digitized by Google

Justiz-Entscheide des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*, Bern.

1. Die Festsetzung der Höhe eines vom Strafrichter im Adhäsionsprozesse prinzipiell zugesprochenen Schadenersatzanspruchs erfolgt nach den Bestimmungen des § 326 C. P. durch den Gerichtspräsidenten. Art. 365 Str. V. §§ 326, 77 C. P.

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 11. Mai 1907.
Beschwerdesache des Johann Schürch.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Wie nun der Appellations- und Kassationshof in seinem Beschwerdeurteil i. S. Morath d. d. 14. Juni 1902 (Zeitschr. 39 S. 295) prinzipiell festgestellt hat, hat die Festsetzung der Höhe eines vom Strafrichter als Civilrichter im Adhäsionsprozesse prinzipiell zugesprochenen Schadenersatzanspruchs — gleich wie im Falle, wenn der Entschädigungsanspruch durch Abstand oder Vergleich grundsätzlich anerkannt ist — gemäss den Bestimmungen des § 326 P. stattzufinden. Nach dieser Gesetzesstelle erfolgt aber die *Festsetzung* der Höhe der Entschädigung — ohne Rücksicht auf die Höhe des geforderten Betrags — stets durch den *Gerichtspräsidenten* und ist durch eine von dem Fordernden gemäss § 77 P. zu erlassende Ladung — also eine Parteiladung — einzuleiten. Dies war vorliegend geschehen und da, wie ausgeführt, der beklagte Richter zur Verhandlung und Beurteilung des ans Recht gestellten Begehrens — auch wenn der Kläger Fr. 300.— forderte — sachlich zuständig war, so war er auch verpflichtet, dem Ansuchen des Klägers Mathis zu entsprechen und den Betrag seines Schadenanspruchs festzusetzen. Von der Gestattung einer gesetzwidrigen Rechtshülfe seitens des beklagten Richters ist also diesbezüglich keine Rede."

2. Ein substituiert bevollmächtigter Anwalt hat neben der Hauptvollmacht auch die Substitutionsvollmacht vorzulegen. § 61 C. P. Die Bestimmung des § 63 C. P. über die Legitimationsfrist von 14 Tagen hat die Natur einer Ordnungsvorschrift.

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 21. Mai 1907.
Beschwerdesache des R. Leuenberger.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Nach § 61 P. soll sich der Bevollmächtigte bei seinem ersten Auftreten durch eine *schriftliche* Vollmacht zu der Prozessführung legitimieren. Die als Prozessbevollmächtigter auftretende Person darf demnach vom Gericht in der Regel erst dann als Vertreter einer Partei zugelassen werden, wenn sie eine schriftliche Vollmacht vorlegt, aus deren Kontext sich ergibt, dass *sie selbst*, und nicht etwa nur ein Dritter, als dessen substituierter Bevollmächtigter sie auftritt, zur Vertretung legitimiert ist. Wenn deshalb ein durch schriftliche Vollmacht zur Vertretung einer Partei legitimierter Fürsprecher nicht selbst vor Gericht auftritt, sondern sich seinerseits durch einen andern Fürsprecher vertreten lässt, so darf dieser erst dann als substituierter Prozessbevollmächtigter zugelassen werden, — mag auch seine Befugnis, den Vollmachtinhaber vor Gericht zu vertreten, gerichtsnotorisch sein — wenn er sich hiezu durch die Vorlage der Hauptvollmacht sowohl als einer *schriftlichen*, durch den Hauptbevollmächtigten unterzeichneten Substitutionsvollmacht legitimiert.

2. In ganz gleicher Weise hat sich ein substituierter Bevollmächtigter, der ohne Vorlage schriftlicher Vollmachten gemäss den Bestimmungen des § 63 P. als „vermuteter Bevollmächtigter" anerkannt und vom Gericht als solcher zugelassen worden ist, innert der ihm anberaumten Frist durch die Einreichung entsprechender *schriftlicher* Vollmachten beim Gerichte zu legitimieren..."

„4. Nun ist allerdings richtig, dass — wie der Appellations- und Kassationshof in konstanter Praxis (cfr. Zeitschrift Bd. 26 S. 249; Bd. 36 S. 469, und Monatsblatt Bd. 6 S. 170) festgestellt hat, — die in § 63 P. aufgestellte 14tägige Legitimationsfrist nur die Natur einer *Ordnungsvorschrift* hat und *nicht* eine *Notfrist* ist, durch deren Versäumung die Gegenpartei ein unabänderliches Parteirecht auf Erlass der im 2. Satze vorgeschriebenen Verfügungen erwirbt. Vielmehr ist der Richter nicht nur befugt, die 14tägige Frist aus zureichenden Gründen zu verlängern, sondern auch den Verpflichteten auf allfällige Mängel seiner Legitimation aufmerksam zu machen und ihm zur Hebung derselben eine weitere Frist anzuberaumen."

Digitized by Google

3. Stellung mehrerer Streitgenossen zur Erfüllung der Reformdiligenzien.

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 21. Mai 1907. *Beschwerdesache des F. Geiser.*

Aus den Entscheidungsgründen:

„4. Nun ist, wie der Gerichtshof in seinem Entscheid vom 17. April 1890 ausgeführt hat (Monatsblatt Bd. 7 S. 233), allerdings richtig, dass die mehreren Streitgenossen während des Prozesslaufes insofern nur *eine* Partei bilden, als sie in der Regel nach § 25 P. ihre Rechtsvorkehren *gemeinschaftlich* vorzubringen haben und dementsprechend auch *der* Rechtsstreit, da eben nur *einer* besteht, durch ein einziges Urteil zu erledigen ist. Dieses Prinzip der einheitlichen *Prozessführung* und der einheitlichen Urteilsfällung schliesst aber keineswegs aus, dass einzelnen Streitgenossen nicht nur besondere Partei*rechte* zustehen können, sondern dass auch die Gegenpartei *einzelnen* Streitgenossen gegenüber *besondere* Prozessrechte erwerben kann. So treffen z. B. die gesetzlichen Kontumazialfolgen nur den säumigen Streitgenossen, und ebenso erwirbt durch die Säumnis der Gegenpartei nur *derjenige* Streitgenosse besondere Prozessrechte, dem gegenüber sich die erstere in Säumnis befindet. So wenig nun die Streitgenossen für die Prozesskosten der Gegenpartei solidarisch haften (cfr. Zeitschrift Bd. 27 S. 316), so wenig sind sie für ihre Kostenforderungen Solidargläubiger. Durch die Nichtbezahlung der Kostenforderung des einen Streitgenossen werden somit nur die Parteirechte *dieses* berührt, fallen somit für diejenigen des andern vollständig ausser Betracht, wie denn auch — wie übrigens der Beschwerdeführer selbst zugibt — eine von der Gegenpartei nur *einem* Streitgenossen gegenüber abgegebene Abstandserklärung die Parteirechte des andern in keiner Weise berührt. Dementsprechend ist also die Tatsache, dass die reformierende Partei die dem Vater Geiser zugesprochene Kostenforderung nicht bezahlt hat, für die Frage, ob sie sich auch dem Beschwerdeführer gegenüber einer Säumnis betreffend die Erfüllung der Reformdiligenzien schuldig gemacht hat, vollständig unerheblich (cfr. auch die Motive Zeitschrift Bd. 40 S. 249).“

Digitized by Google

4. Zeugnispflichtige Personen sind, abgesehen in den Fällen des § 244 C. P., auch eidespflichtig.

Appellations- und Kassationshof, II. Abteilung, 24. Mai 1907. Beschwerdesache des *J. Hofmann*.

Entscheidungsgründe:

„Abgesehen von den Fällen des § 244 P. kennt der bernische Civilprozess keine Personen, die zur Zeugendeposition verpflichtet wären, nicht aber auch zur eidlichen Erklärung derselben. Es erscheint daher unzulässig, in den Fällen der §§ 217 und 240 P. Zeugen zwar abzuhören, nicht aber auch beeidigen zu wollen. Entweder sind die betreffenden Personen zeugnispflichtig, dann sind sie auch zur Eidesleistung verpflichtet, oder sie sind überhaupt nicht zeugnispflichtig, dann sind sie auch nicht abzuhören.

Nachdem der Richter mit Rücksicht auf Art. 7 der Haagerkonvention vom 14. November 1896 die Abhörung des Zeugen Sommerfeld verfügt hatte, hatte er laut Art. 10 der genannten Konvention diese Abhörung auch in den Formen des bernischen Civilprozessrechts vorzunehmen. Zu den Formen der Zeugenabhörung gehört nun aber laut §§ 235 und 239 C. P. auch die eidliche Bestätigung der gemachten Aussage."

5. Die Prüfung, ob eine Streitsache sich als Civilrechtsstreitigkeit darstelle, hat von Amteswegen zu erfolgen, und es ist gegebenenfalls das in Art. 23 b des Gesetzes vom 20. März 1854 vorgesehene Verfahren von Amteswegen einzuleiten.

Die Schwellentelle, die gestützt auf ein den Vorschriften des § 26 des Wasserbaupolizeigesetzes vom 8. April 1857 entsprechendes Reglement eingefordert wird, ist als öffentliche Leistung anzusehen.

Obergericht, 25. Mai 1907, Kompetenzstreitsache zwischen *J. Regez* und der *Wylerauschwellenkommission*.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Wie der Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, in dem Beschwerdeentscheid vom 30. Dezember 1905 in Sachen Ch. Zahler (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 42, pag. 570 ff.) zutreffend angenommen hat, haben die untern Gerichtsbehörden, falls sie bei der von Amteswegen vorzunehmenden Prüfung

Digitized by Google

ihrer sachlichen Zuständigkeit zu der Ansicht kommen, diese letztere sei deshalb nicht gegeben, weil es sich nicht um eine Zivilrechtsstreitigkeit, sondern um eine Administrativsache handle, hierüber nicht definitiv zu entscheiden, sondern gleich, wie wenn eine bezügliche Einwendung vom Beklagten erhoben worden wäre, nach Art. 23 lit. b des Gesetzes über die öffentlichen Leistungen zu verfahren.

Der Gerichtspräsident von Niedersimmental ist deshalb vorliegend in richtiger Weise vorgegangen und es ist auf die Prüfung des durch seine Verfügung vom 4. April 1907 anhängig gemachten Kompetenzkonfliktes einzutreten.

2. In der Sache selbst fällt folgendes in Betracht:

Wie sich aus dem Protokoll über die Verhandlung vom 4 April 1907 ergibt, gründet sich die Klage auf die vom Kläger im Auftrage der Schwellenkommission Oey-Diemtigen an der Simme bei der Wylerau am rechten Ufer unter Beiziehung anderer Schwellenpflichtiger im Frühjahr 1906 errichtete Schwellenbaute. Dabei berief sich der Kläger

a) auf das Schwellenreglement für den Schwellenbezirk der Wylerau vom 29. Mai 1888, welches folgende Bestimmungen enthält: . . .

Unterm 20. November 1888 erteilte der Regierungsrat dem Reglement die regierungsrätliche Sanktion, gemäss § 22 des Wasserbaupolizeigesetzes vom 3. April 1857.

b) auf das Schwellenkataster für den Schwellen bezirk der Wylerau vom 2. Oktober 1888, in welchem sich unter Ziff. 5 der Beklagte Jakob Regez, Zimmermann in Oey, mit einem Wohnhaus, Platz und Pflanzung eingetragen findet. . . .

Unterm 20. November 1888 erteilte der Regierungsrat dem Schwellenkataster gemäss § 22 des Wasserbaupolizeigesetzes die regierungsrätliche Sanktion.

Danach ist ohne weiteres anzunehmen, dass der Beklagte Jakob Regez für den eingeklagten Schwellentellebetrag von Fr. 3.45 auf Grund des angeführten Schwellenreglementes und Schwellenkatasters in Anspruch genommen wird, welche für den Schwellenbezirk der Wylerau gemäss den Vorschriften des Wasserbaupolizeigesetzes vom 3. April 1857, spez. §§ 18 ff. erlassen und sanktioniert worden sind.

Digitized by Google

Nach Vorschrift des § 26 Al. 1 des Wasserbaupolizeigesetzes vom 3. April 1857 sind nun solche Lasten als öffentliche Leistungen anzusehen und Streitigkeiten darüber nach dem für diese geltenden Administrativverfahren nach Mitgabe des Gesetzes vom 20. März 1854 zu behandeln (vgl. auch Art. 19 Al. 1 des zit. Ges.).

Demnach ist die vorliegende Streitsache auf dem Administrativwege zu erledigen.

Dies wäre nach der vorliegend gegebenen Sachlage selbst dann der Fall, wenn der Beklagte — was ununtersucht bleiben kann — aus einer ursprünglich auf einem privatrechtlichen Titel beruhenden Verbindlichkeit in Anspruch genommen würde.

Denn wenn eine solche auf privatrechtlichem Titel beruhende Verbindlichkeit freiwillig anerkannt und in ein nach den §§ 20, 21 und 22 des zit. Wasserbaupolizeigesetzes erlassenes und sanktioniertes Reglement aufgenommen ist, wie das vorliegend nach den obigen Feststellungen der Fall wäre, so wird sie fortan gleich, wie eine öffentliche Leistung behandelt (§ 26 Al. 3 des zit. Wasserbaupolizeigesetzes vom 3. April 1857). [1])

Bernische Administrativjustiz-Entscheide aus dem Jahre 1907.

Referent: Notar *J. Fellmann*, Bern.

1. Notariat. Den Kontrahenten ist erlaubt, ausser im Falle zu naher Verwandtschaft auch dann einen Amtsnotar des benachbarten Bezirkes in Anspruch zu nehmen, wenn der einzige Notar (oder die sämtlichen Notare) des Bezirkes wegen persönlicher Beteiligung an dem zu verschreibenden Vertrage den letztern nicht zu stipulieren im Falle sind.

Entscheidungsgrund:

Wenn das Dekret vom 28. November 1839, welches durch Dekret vom 5. Juni 1847 auch auf die jurassischen Amtsbezirke anwendbar erklärt wurde, den Kontrahenten in den Fällen, wo sie wegen zu naher Verwandt-

[1]) Der Regierungsrat hat am 10. Juni 1907 dem vorstehenden Entscheide zugestimmt.

Digitized by Google

schaft oder Schwägerschaft sich keines der in ihrem Amtsbezirk befindlichen Amtsnotarien bedienen können, gestattet, den beabsichtigten Vertrag durch einen Amtsnotar eines Nachbarbezirkes verschreiben zu lassen, so liegt es doch gewiss in der Natur der Sache und im Sinne der dieser Vorschrift zugrunde liegenden Ueberlegung, dass die Inanspruchnahme eines Amtsnotars des benachbarten Bezirkes a fortiori in dem Falle erlaubt sein muss, wo der einzige Notar eines Bezirkes wegen persönlicher Beteiligung an dem zu verschreibenden Vertrage den letztern nicht zu stipulieren im Falle ist.

(Justizdirektion an die Hypothekarkasse, 6. März 1907.)

2. Notariat. Verwendung der Schreibmaschine zur Erstellung notarieller Konzepte.

Die Justizdirektion hat eine bezügliche Anfrage wie folgt beantwortet:

„In § 38, Absatz 3 des Dekretsentwurfes betreffend die Ausführung des Gesetzes über das Notariat ist dem Regierungsrat die Kompetenz vorbehalten, auf dem Wege der Verordnung die erforderlichen Vorschriften über die äussere Beschaffenheit der Urkunden in Beziehung auf Papier, *Schriftform* etc. zu erlassen. Bei diesem Anlasse dürfte die Frage der Zulässigkeit der Verwendung der Schreibmaschine bei der Erstellung von *Konzepten* ebenfalls ihre Regelung erfahren.

Bis dahin halten wir es im Interesse der durch das Notariat garantierten Erhaltung der Urschrift und mit Rücksicht auf die unzulänglichen Erfahrungen hinsichtlich der Haltbarbeit der Schreibmaschinenschrift für dringend angezeigt, dass die Konzepte nach wie vor *handschriftlich* abgefasst werden.

Hinsichtlich der *Ausfertigung* der Konzepte mit der Schreibmaschine verweisen wir auf Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht Band II, N° 136.“ (In dem daselbst publizierten Entscheide ist gesagt, dass, mangels entgegenstehender Vorschriften, in der maschinellen *Ausfertigung* notarieller Konzepte, sei es vermittelst der Druckerpresse oder Schreibmaschine, nichts Unzukömmliches erblickt werde.)

(Justizdirektion an das Regierungsstatthalteramt Pruntrut, 28. März 1907.)

Digitized by Google

3. Vormundschaftswesen. Die Entziehung der elterlichen Gewalt auf Grund des Art. 88 des Armen- und Niederlassungsgesetzes ist nur statthaft mit Bezug auf Kinder unter 16 Jahren. Betrifft diese Massnahme Kinder im Alter von 16—20 Jahren, so muss das in Satz. 149 ff. C. G. umschriebene Verfahren zur Anwendung kommen.

(Regierungsrat, 20. April 1907, in S. Müller.)

4. Vormundschaftswesen. Ueber die Unterbringung einer minderjährigen pflegebefohlenen Person sind ausschliesslich Vormund und Vormundschaftsbehörde zu entscheiden kompetent und gegen die bezüglichen Anordnungen dieser Vormundschaftsorgane kann nur dann mit Erfolg Beschwerde erhoben werden, wenn darin eine harte und ungebührliche Behandlung des Mündels liegt. (Satz. 255 C. G.)

(Vgl. Entscheide des Regierungsrates vom 11. Februar 1891 in S. *Tschanz* und vom 27. März 1896 in S. *Flogerzi*.)
(Regierungsrat, 3. August 1907, in S. *Hirni*.)

5. Die Rechtsstellung einer hinsichtlich ihrer Dispositionsbefugnis an die Vorschrift des Art. 6 des Emanzipationsgesetzes vom 27. Mai 1847 gebundenen Witwe erleidet keine Veränderung durch die Verlegung des Wohnsitzes derselben vom alten in den neuen Kantonsteil.

(La veuve bernoise, qui transfère son domicile de l'ancien dans le nouveau canton, reste soumise aux prescriptions de l'art. 6 de la loi dite d'émancipation, du 27 mai 1847.)

Entscheidungsgründe:

L'art. 6 de la loi du 27 mai 1847 sur l'abolition de l'institution des conseils judiciaires ordinaires dans l'ancienne partie du canton statue ce qui suit:

„Jusqu'au partage des biens paternels, la veuve ne peut faire subir aucun changement important au capital sans avoir obtenu le consentement des enfants qui ne sont plus sous sa puissance, ou l'approbation de l'autorité tutélaire de sa commune d'origine, pour ce qui concerne les enfants qui y sont encore soumis. Tout acte fait par la veuve sans avoir obtenu ce consentement ou cette approbation, et qui aurait notablement altéré ou diminué le capital du patrimoine, est frappé de nullité."

Le decret du 4 avril 1857 déclare cet article applicable aux femmes des individus qui ont fait ces-

Digitized by Google

sion de biens volontaire ou judiciaire, ainsi qu'aux femmes divorcées, et d'autre part, la loi du 1er mai 1898 a, dans la règle, attribué la tutelle à la commune municipale du domicile.

Ces prescriptions restreignent ainsi le droit de la femme séparée de biens de disposer de la fortune qui lui est dévolue au moment de la séparation en ce sens qu'elle ne peut y apporter aucune diminution notable sans avoir obtenu préalablement le consentement de ses enfants ou de l'autorité tutélaire, s'ils sont encore mineurs. Bien que cette restriction au droit de disposition de la femme séparée de biens ait surtout pour objet de sauvegarder les intérêts successoraux des enfants, elle n'en relève pas moins du droit matrimonial. Elle ne règle pas le droit des enfants à la succession de leur mère, mais les droits et obligations de celle-ci en ce qui concerne les biens matrimoniaux.

Le droit accordé aux enfants d'intervenir quand il est procédé par leur mère à une altération notable du patrimoine a sa source dans le régime de séparation de biens et un changement de domicile ne le met nullement en question, pour autant du moins que les rapports des époux ne soient pas soumis à la législation de leur nouveau domicile. (V. art. 19 de la loi fédérale du 25 juin 1895.)

L'autorité tutélaire ne peut donc pas se dispenser de respecter ce droit d'intervention des enfants, droit qui relève du régime matrimonial lui-même, et, dès lors, d'examiner s'il est dans l'intérêt des enfants que soit ratifié en leur nom l'acte de partage dont il s'agit.

(Direction de Justice à la préfecture de Courtelary, 13 juillet 1907.)

6. Fertigungswesen. Die gerichtliche Abstandserklärung in einem Zivilprozesse, in welchem die Klage auf Aufhebung eines Liegenschaftskaufvertrages gerichtet war, bildet den Erwerbsgrund für die Rückübertragung der Liegenschaft, zu welchem, damit der Verkäufer wieder Eigentum an der Liegenschaft erlangt, noch die Erwerbsart -- die Rückfertigung — hinzutreten muss.

Aus den Motiven:

„Durch den gültig zustande gekommenen, gefertigten und im Grundbuch eingetragenen Kaufvertrag hat der

Digitized by Google

Käufer am Kaufsobjekt in formgerechter Weise Eigentum erworben (vgl. Satz. 434 C. G. und Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Band XII, Seite 161).

Eine Ausnahme von dieser gesetzlich festgelegten Regel könnte nur dann angenommen werden, wenn dem Kaufsgeschäft von vornherein ein Nichtigkeitsgrund angehaftet hätte. Ein solcher wird jedoch, trotzdem die Formulierung des Klagsbegehrens die Existenz eines solchen vermuten liess, nicht geltend gemacht und konnte offenbar tatsächlich auch nicht geltend gemacht werden.

Durch die Abstandserklärung vom 5. Juni 1907 wurde X. daher nicht ohne weiteres wieder Eigentümer der Kronebesitzung, indem gemäss Satz. 437 C. G. dieser einem Urteil prozessual gleichzustellende Akt nur den Titel bildet, auf Grund dessen die Zufertigung (Erwerbsart, modus) nachgesucht werden kann. Unter diesen Umständen halten wir eine förmliche Rückfertigung als geboten."

(Justizdirektion an Amtsschreiberei Bern, 27. August 1907.)

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer* von Schauensee (Luzern).

1. Klage aus Art. 62, resp. 65 O. R.

Der Kläger R. Ziegler hält an den Markttagen (Dienstag und Samstag) unter der Egg in Luzern Sämereien feil und schlägt zu diesem Zweck jeweilen dort vor dem Gasthof zum „Schiff" einen hölzernen transportablen Verkaufsstand auf. Samstag den 15. April 1905 wurde der Verkaufsstand durch die Bewegungen eines dem Beklagten gehörenden und auch in seinem Dienste von seinem Knechte verwendeten Fuhrwerks umgerissen. Einzelne Bestandteile des Standes erlitten Beschädigungen durch Brechen und Auseinanderreissen; die auf dem Stande befindlichen offenen Säckchen mit Sämereien fielen übereinander und zu Boden und entleerten sich ganz oder teilweise ihres Inhaltes. Der Kläger wandte sich sofort an die Polizei und den Gerichtspräsidenten und erwirkte die Aufnahme eines amtlichen Verbals über den Zustand, welcher als Wirkung des Umreissens des Standes sich

Digitized by Google

darstellte. Dadurch sollten die sich erzeigenden Anhaltspunkte für die spätere Bemessung des Schadens festgelegt werden.

Der genaue Hergang bei diesem Unfall ist nicht festgestellt, es bleibt aber nichts übrig, als die Ursache in der verfehlten Leitung des Fuhrwerks zu suchen. Entweder war der Täter zur gehörigen Lenkung eines Fuhrwerkes unfähig und beging daher schon durch die Ausübung der Lenkung eine grobe Fahrlässigkeit, oder dann liess er bei der Bewirkung der Bewegung alle und jede Aufmerksamkeit ausser acht. Der Kläger stellt aber seine Forderung nicht gegen den Täter, sondern vorab gegen den Geschäftsherrn desselben (Weibel), gestützt auf den Wortlaut des Art. 62 O. R. Die Voraussetzung, dass der Täter Angestellter des Beklagten und in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begriffen sei, ist gegeben; es kann sich hinsichtlich der grundsätzlichen Haftbarkeit des Beklagten also nur noch um den im Nachsatz der vorzitierten Gesetzesstelle bezeichneten Entlastungsbeweis handeln.

Das Fuhrwerk wurde im kritischen Zeitpunkt vom Metzgerburschen Weber dirigiert, der über seine Charaktereigenschaften und berufliche Tätigkeit gute Zeugnisse seines Dienstherrn vorzulegen im Stande ist. Wesentlicher aber wäre in unserem Fall hinsichtlich der Qualifikation des Weber der Nachweis der Spezialkenntnis des Fahrens, überhaupt der Besorgung eines Fuhrwerkes gewesen. Weber mag ein noch so guter Metzger sein, er mag noch so gute Charaktereigenschaften haben, damit ist durchaus nicht gesagt, dass er auch ein guter Fahrer sei. Der Beklagte wendet aber ein, er habe zur Bedienung des Fuhrwerkes den Karrer Kessler bestimmt, welch letzterer allerdings gemäss den Zeugenaussagen hiefür qualifiziert gewesen wäre. Weber habe gegen den Willen des Beklagten den Kessler begleitet und hiebei für kurze Zeit die Leitung bezw. Beaufsichtigung des Fuhrwerks übernommen. Allein Drittpersonen haben sich nach den Ausführungen im Urteil der I. Instanz nicht zu fragen, ob Weber gegen den Willen des Beklagten zeitweise die Funktionen eines Fahrers ausgeübt und dadurch sogar gegen eine bestimmte gegenteilige Anordnung des Beklagten verstossen habe. Es sei dies ausschliesslich eine Frage der Erfüllung des Dienstvertrages

Digitized by Google

zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, in die Dritte sich nicht einzumischen hätten. Für Dritte sei das Dienstverhältnis in derjenigen Form massgebend, wie es ihnen gegenüber zu tage trete. Der Beklagte habe Dritten gegenüber einfach für denjenigen seiner Angestellten *einzustehen*, welcher die in Betracht fallenden, mit dem Betriebe des Geschäfts verbundenen Funktionen in Wirklichkeit ausgeübt habe. Da der Nachweis fehle, dass Weber zur Dirigierung eines Fuhrwerkes befähigt gewesen, ist nach Anschauung der I. Instanz der Entlastungsbeweis für die Anwendung aller erforderlichen Sorgfalt bei Auswahl eines Angestellten, um einen Schaden von der Art des vorgekommenen zu verhüten, nicht geleistet, und müsse der Beklagte als grundsätzlich verantwortlich erklärt werden.

Das Obergericht hat nun das erstinstanzliche Urteil bestätigt, ohne die Ausführungen der I. Instanz über die Bedeutung des Dienstverhältnisses zu Dritten, wie sie oben mitgeteilt worden, unbedingt zu billigen. Der massgebende Gesichtspunkt war nach der Auffassung der II. Instanz folgender: Der Beklagte kannte die Verhältnisse unter der Egg an Markttagen, wo Verkaufsstände aufgestellt sind und ein reger Verkehr herrscht und kannte auch voraussehen, dass Kessler, um seinen Auftrag auszuführen, das Fuhrwerk verlassen und in den Weggiser Nauen zu steigen hatte, während welcher Zeit das Fuhrwerk entweder unbeaufsichtigt gelassen oder der Obhut eines andern anvertraut werden musste. Dies musste dem Beklagten ohne weiteres den Gedanken nahe legen, dass in dieser Zeit durch das Fuhrwerk Schaden entstehen könnte und dass es mithin ein Gebot der Vorsicht sei, für die Verhütung desselben in angemessener Weise, sei es durch gehörige Instruktion des Fuhrknechts Kessler über sein Verhalten, sei es durch Mitgabe eines zweiten fahrkundigen Angestellten zu sorgen. Der Beklagte hat demnach auch nach der Feststellung des Obergerichts den Beweis dafür, dass er alle zweckdienlichen Massnahmen getroffen, um dem durch Zusammenstoss des Fuhrwerkes mit dem Verkaufsstand des Klägers eingetretenen Schaden vorzubeugeu, nicht geleistet. Das Mitgehen des Metzgerburschen Weber kann hier selbstverständlich nicht in Betracht fallen, da dessen Berufstüchtigkeit noch keinen Ausweis für die Geübtheit des-

Digitized by Google

selben im Leiten von Fuhrwerken bildet und er ohnehin nicht im, sondern *gegen* den Auftrag des Beklagten mitgefahren ist, wie Beklagter in der Rechtsantwort ad. II selbst behauptet.

Wenn man daher auch die Haftbarkeit aus Art. 62 O. R. nicht unbedingt als eine Haftbarkeit für *fremdes Verschulden* auffasst, so ist dieselbe im Sinne des Gesetzes doch jedenfalls nicht blos auf *culpa in eligendo* zu beschränken, im Gegentheil wird jede *culpa in inspiciendo zur Anwendung des Art. 62 O. R. führen müssen.* (Vgl. den Fall Maria *Christian* ctr. C. G. *Spiess* und die hierauf bezüglichen Ausführungen in dieser Zeitschrift, Bd. 39, S. 424 u. folg.)

Eine solche *culpa in inspiciendo* muss in vorliegendem Falle auf Seite des Beklagten als des Geschäftsherrn angenommen werden.

Obergericht, 4. Mai 1907. *Jakob Weibel* c. *Rudolf Ziegler.*

Aus der Rechtsprechung des solothurnischen Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

1. Artikel 8 des B. G. betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 verlangt, dass die Fabrikordnungen, sowie deren Abänderungen der Genehmigung der Regierung des betreffenden Kantons zu unterstellen seien.

Die Uebersetzung einer bereits genehmigten Fabrikordnung in eine fremde Sprache bedarf keiner weitern Genehmigung. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich die Uebersetzung nicht wörtlich der genehmigten Fabrikordnung anschmiegt. Es genügt eine sinngemässe Wiedergabe des Originals.

26. Januar 1907.

2. Ein der Uebertretung des Gesetzes betreffend Hausier- und Marktwesen schuldig Befundener wurde zum Maximum der angedrohten Strafe (200 Franken), sowie zur Nachzahlung von monatlichen Patenttaxen von je 200 Franken verurteilt.

Digitized by Google

Auf die Appellation gegen dieses Urteils wurde nicht eingetreten, weil die Strafandrohung den Betrag von 300 Franken, der zur Begründung der Appellabilität nötig ist, nicht erreicht. Daran ändert die Verurteilung zur Nachzahlung der Patenttaxen nichts. Denn diese Nachzahlung bedeutet keine Strafe, sondern eine adhäsionsweise geltend gemachte Zivilforderung.

19. Februar 1907.

3. § 81 des solothurnischen Strafgesetzbuches verlangt zum Begriffe der Urkundenfälschung das Verfälschen oder fälschliche Anfertigen und Gebrauchen einer Urkunde, die zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist.

Bei folgendem Tatbestand hat das Obergericht eine Urkundenfälschung nicht angenommen:

Der Angeklagte war Geschäftsführer und Mitglied einer Konsumgenossenschaft. Er hatte sich, wie dies bei den Mitgliedern üblich war, ein Konsumbüchlein angelegt, in welchem Zahlungen und Bezüge eingetragen wurden. Die Richtigkeit der Eintragungen wurde periodisch kontrolliert. Im Konsumbüchlein des Angeklagten figurierte eine Barzahlung von 70 Franken. Die Zahl 70 wurde durch den Beklagten in 170 abgeändert und die dadurch notwendigen Korrekturen bis zur Abrechnung und Kontrolle vorgenommen. Bei der Kontrollierung ergaben sich die strafbaren Handlungen.

Nach § 81, St. G. B. muss die Fälschung an einer Urkunde vorgenommen werden, die zum Beweis von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist. Die Anfertigung einer Urkunde mit unwahrem Inhalt, ist an sich noch keine strafbare Fälschung; sie wird es erst, wenn die Urkunde für Rechtsverhältnisse beweiserheblich ist. Dieses Requisit fehlt dem Konsumbüchlein vor der Kontrolle. Erst nach Vornahme derselben durch die dazu bestimmten Organe stehen die An- und Gegenforderungen der Genossenschaft zum Inhaber des Büchleins fest und ist damit auch das Moment der Beweiserheblichkeit der Urkunde gegeben. Aenderungen von Eintragungen *vor* der Kontrolle qualifizieren sich als Betrug oder Betrugsversuch, je nachdem die Täuschungshandlungen Erfolg hatten oder nicht.

28. Februar 1907.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **2. Heft** **Februar 1908**

Vereinheitlichung der Zitiermethode in der schweizerischen Rechtswissenschaft.

Von Dr. *Paul Wäber*, Bern.

(Schluss.)

Was zunächst die Rechtsquellen betrifft, so folgen wir auch hier der von den «Vorschlägen» beobachteten Reihenfolge.

1. Ein Gesetz oder eine andere Rechtsquelle ist regelmäßig mit Ueberschrift und Datum zu bezeichnen. Ist für ein Gesetz ein kürzerer Name allgemein üblich, so kann durch denselben die Ueberschrift ersetzt werden; z. B. Ziv St G = Gesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe; Haftpfl Nov (Haftpflicht-Novelle) = Gesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881. Wir fügen hier gleich bei, daß sich unsere Vorschläge auf die *Bundesgesetze* und zwar diejenigen unter denselben beschränken, die tatsächlich zitiert zu werden pflegen; es hat keinen Sinn, die Anführung der zahlreichen Bundesgesetze über die Organisation der einzelnen Verwaltungszweige der Eidgenossenschaft, oder der zahlreichen Münzgesetze erleichtern zu wollen, welche

Digitized by Google

sozusagen nie zitiert werden. Anderseits empfiehlt es sich auch nicht, wenigstens vorläufig nicht, die Vorschläge für eine einheitliche Zitiermethode mit dem Ballast der kantonalen Gesetze, welche selten jenseits der kantonalen Grenzpfähle zitiert zu werden pflegen, zu beschweren. Auch die «Vorschläge» berücksichtigen „zunächst" nur Reichsgesetze.

2. Das Datum kann bei bekannteren Gesetzen weggelassen werden, z. B. O R, Sch K G. Ist ein Gesetz revidiert worden, so genügt eine Hinzufügung der Jahreszahl in Klammern, um das ältere vom neuen Gesetz zu unterscheiden, z. B. B V (1848).

Für uns kann der Vorschlag: „Enthält die Abkürzung das Datum der Rechtsquelle, so ist die Angabe der Jahrgangszahl des Veröffentlichungsorgans nicht erforderlich, falls dies in Jahresbänden erscheint und die Jahreszahlen des Zitats und des Jahrgangs übereinstimmen" nur etwa auf Kreisschreiben Anwendung finden, die nur im Bundesblatte, nicht aber in der Amtlichen Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen publizirt sind, während die eigentlichen gesetzlichen eidgenössischen Erlasse in der Amtlichen Sammlung erschienen sind und nur nach dieser zitiert werden, dieselbe aber keine Jahresbände, sondern nur mehrere Jahrgänge umfassende Bände aufweist.

Nun zur Hauptregel 3:

„Soll der Name eines Gesetzes abgekürzt werden, so sind die für seine Benennung charakteristischen Bestandteile in Silben- und Buchstabengruppen (Sigel) gekürzt zusammenzufassen." Auf eines unserer bekannten Bundesgesetze angewandt, ergiebt diese Regel: **Gesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter** = Civ Verh Nied G.

Ferner: „Besteht der Name des Gesetzes nur aus einem Wort, so ist dieses in seine einzelnen Bestandteile zu zerlegen und aus deren Anfangssilben eine

Digitized by Google

Abkürzung zu bilden." Für die Schweiz ist uns nur *ein* hierher passendes Beispiel gegenwärtig, nämlich die **Militärstrafgerichtsordnung** = Mil St O.

Auch die Regel dürfen wir anwenden, daß, wenn eine kurze amtliche Bezeichnung eines Gesetzes oder einer andern Rechtsquelle durch ein Wort fehlt, die Bildung von „Einwort"-Bezeichnungen unter Anlehnung an eingebürgerte Benennungen anzustreben ist. So wird das Bundesgesetz betreffend die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes und die Organisation der Verwaltung der schweizerischen Bundesbahnen gewöhnlich mit Eisenbahnrückkaufgesetz bezeichnet; die vorgeschlagene Abkürzung würde demgemäß lauten E Rückk G.

Wie schon aus einigen angeführten Beispielen hervorgeht, schlagen wir vor, bei häufig gebrauchten Gesetzen an Stelle einer Silbe die Anfangsbuchstaben zu setzen; z. B. O R = Obligationenrecht, B V = Bundesverfassung.

Möglich ist es, daß ein Bundesgesetz und kantonale Gesetze die nämliche Materie beschlagen; so existiren neben dem eidgenössischen Expropriationsgesetze noch zahlreiche kantonale Gesetze über die zwangsweise Enteignung. Gleichwohl halten wir es einstweilen für überflüssig, die Regel aufzustellen, daß in solchen Fällen das Bundesgesetz mit B G (z. B. B Expr G) zu bezeichnen ist, da sich unsere Vorschläge gegenwärtig überhaupt auf Bundesgesetze beschränken, und zur Unterscheidung eher das in Frage stehende kantonale Gesetz mit einem entsprechenden Zusatze zu versehen wäre, z. B. Be Expr G = Gesetz des Kantons Bern über Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigentums. Anders ist dagegen zu verfahren bei Gesetzen, welche unter einer, das Wort „Bund" enthaltenden Bezeichnung allgemein bekannt sind; z. B. Gesetz über das Verfahren bei dem Bundes-

Digitized by Google

gerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten = Bundeszivilprozeß = B C P. Was das Zitieren von Gesetzen in der französisch-schweizerischen Rechtslitteratur betrifft, so ist nach denselben Grundsätzen vorzugehen; nur wird nach dem französischen Sprachgebrauch das Wort „Loi", „Règlement" u. s. w. immer zuerst gesetzt; z. B. Gesetz über die Erfindungspatente = *Loi sur les brevets d'invention* = L brev inv.

Bei der Behandlung der Methode des Zitierens litterarischer Veröffentlichungen können wir uns wesentlich kürzer fassen als die «Vorschläge», aus dem einfachen Grunde, weil die Zahl der in der Schweiz publizierten juristischen Zeitschriften und Materialsammlungen bedeutend geringer ist, als diejenige der im deutschen Reiche zur Veröffentlichung gelangenden. Beim Zitieren von Kommentaren wird das schon bisher übliche Verfahren zu beobachten sein, wobei der Verfasser, die betreffende Gesetzesstelle und Zahl, eventuell Buchstaben, der Anmerkung, nötigenfalls auch die Seitenzahl, angeführt werden.

Von Verhandlungen von Körperschaften werden bei uns nur das amtliche stenographische Bulletin der Bundesversammlung, allenfalls amtliche Publikationen der Verhandlungen kantonaler gesetzgebender Behörden (z. B. Tagblatt des bernischen Großen Rates) und die Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins (die aber auch in der Zeitschrift für schweizerisches Recht publiziert werden) zitiert. Es lohnt sich kaum, hiefür besondere Regeln aufzustellen.

Dagegen können für das Zitieren von Zeitschriften die «Vorschläge» auch bei uns maßgebend sein. Wird eine Zeitschrift oder eine Sammlung von Entscheidungen zitiert, so ist zunächst der Name derselben anzuführen. Als Name dient ihre *sachliche* Bezeichnung. Es giebt unseres Wissens in der Schweiz nur *eine* periodische juristische Veröffentlichung, welche

Digitized by Google

häufig mit dem Namen ihres Herausgebers angeführt wird; es sind dies *de Blonays Annales de jurisprudence*. Ferner sind anzuführen die Jahrgangs- oder die Bandzahl, welche man zu zitieren wünscht, und zwar bald die eine, bald die andere, je nachdem sie bei der betreffenden Publikation gebräuchlich ist, worauf wir schon oben (S. 4) hingewiesen haben. Im allgemeinen werden die schweizerischen periodischen juristischen Schriften nach Bänden zitiert. Das Bundesblatt, das zwar weder als Zeitschrift noch als Sammlung von Entscheidungen anzusehen ist, macht eine Ausnahme. Von der Art der Anführung einzelner Teile eines Bandes oder Jahrganges haben wir bereits oben (S. 5) gesprochen.

Auch damit wird man sich einverstanden erklären können, daß, wenn eine Zeitschrift in neuer Folge erscheint, dieselbe auch in ihren späteren Bänden nach der fortlaufenden Bandzahl zu zitieren ist, was das Beifügen der Bezeichnung «Neue Folge» überflüssig macht; dies aber nur, wenn die Zeitschrift neben der neuen auch die fortlaufende Nummerierung beibehalten hat, wie dies beim einzigen Beispiel hiefür, der Zeitschrift für schweizerisches Recht, praktiziert wird.

Wir glauben im Gesagten die Nützlichkeit der Anwendung einer einheitlichen Zitiermethode in der schweizerischen Rechtslitteratur in genügender Weise hervorgehoben zu haben, ebenso, daß es ratsam erscheint, bei ihrer Anwendung die «Vorschläge» des deutschen Juristenvereins zum Muster zu nehmen. Die angeführten Beispiele werden hiefür am deutlichsten sprechen. Auch das dürfte klar sein, daß eine Uebertragung der beim Zitieren deutscher juristischer Publikationen angewandten Grundsätze auf diejenigen der französischen Schweiz, *mutatis mutandis* unschwer möglich ist.

Digitized by Google

Es erübrigt nur noch, die Hoffnung auszusprechen, daß die schweizerischen Juristen eine unter dem Namen des Schreibenden im Laufe dieses Frühjahrs bei Stämpfli & Cº in Bern erscheinende, auf diesen Grundsätzen beruhende Zusammenstellung schweizerischer Rechtsquellen und juristischer Publikationen mit deren zum Zitieren geeigneten Abkürzungen wohlwollend aufnehmen und sich dieselbe und ihre Vorschläge bald zu eigen machen werden.

Die Haftpflicht der Automobile.

Von Prof. Dr. *Max Gmür* in Bern.

(Fortsetzung).

III. Aber selbst wenn man die Gefährlichkeit der Automobile ungefähr so hoch wie diejenige der Bahnen oder der Post anschlagen sollte, so ist deshalb der Uebergang zur strengeren Haftpflicht nicht ohne weiteres angezeigt. Vorerst muß noch auf ein anderes Moment Bedacht genommen werden, nämlich auf die Verhältnisse der *Subjekte,* die man der Kausalhaftung unterstellen will. Es ist nämlich daran zu erinnern, daß bei der Einführung der Eisenbahnhaftpflicht die Ausnahme vom gemeinen Recht nicht nur mit der besondern Gefährlichkeit des Bahnbetriebes begründet wurde, sondern auch damit, daß die Bahnen besondere Privilegien, insbesondere das Expropriationsrecht und Ausschluß der freien Konkurrenz genössen und zudem als kapitalkräftige Aktiengesellschaften eine stärkere Belastung zu tragen vermöchten [1]). Liegen nun diese Gründe bei den Haltern von Automobilen ebenfalls vor? Da ist einmal zu sagen, daß, von den wenigen conzessionierten und gewerbsmäßigen Automobilunternehmungen abgesehen, die Automobile keine Privilegien, sondern nur die Benützung der Landstraße

[1]) Auch bezüglich der Elektrizitätswerke liegt die Sache so.

Digitized by Google

nach gemeinem Recht beanspruchen. Was die Tragfähigkeit der Automobilisten anbelangt, so ist in den Augen vieler der Halter eines Automobils ohne weiteres identisch mit einem reichen Herrn, der auf einem großen Tourenwagen sportsmäßig das Land durchrast. Aber gerade hier ist es von Nöten, der Sache auf den Grund zu gehen und die *Zahlen* sprechen zu lassen. Es erscheint auffallend, daß trotz des vielen Materials, welches man über unser Automobilwesen angesammelt hat, gerade in dieser Hinsicht bis anhin jegliche sichere, zahlenmäßige Unterlage vermißt werden mußte.

Nach Mitteilungen des eidgenössischen Auto-Konkordates war im Herbste 1907 der Status der ständig in der Schweiz stehenden Kraftfahrzeuge folgender:

Im Ganzen 1414 Automobile.
Davon 822 à 6—12 HP. (circa)
431 à 16—24 HP. „
106 à 30—40 HP. „
Lastwagen waren davon 236.
Ferner 2423 Motorräder à 1—5 HP.

Man sieht aus diesen Angaben, daß einmal die Motorräder, welche zwar kleine Motoren, aber oft auch sehr unkundige und wenig zuverlässige Führer haben, bedeutend über die eigentlichen Automobile vorwiegen; daß ferner bei den letztern der leichtere Typus, das Gebrauchsautomobil gegenüber dem schweren Luxus- und Rennfahrzeug ganz unverhältnismäßig mehr vertreten ist.

Allerdings ist noch darauf hinzuweisen, daß in der Schweiz auch viele Autos von Ausländern verkehren. Ueber deren Zahl war man bisher ganz im Ungewissen. Die eidg. Oberzolldirektion hat nun die große Freundlichkeit gehabt, eine Enquête hierüber anzustellen. An Hand derselben ergeben sich für das Jahr 1906 folgende ungefähre Resultate:

Digitized by Google

Eingegangen vom Ausland her mit Freipaß sind ca. 3230 Automobile [1]), mit Triptyques 530, zusammen ca. 3760. Was die Motorstärken anbetrifft, so nehmen die Zollbeamten hierüber keine Angaben auf, wohl aber konstatieren sie das Gewicht, welches im Mittel 1200 kg. war, was ungefähr dem Gewichte eines 16-pferdigen Wagens entsprechen dürfte. Die meisten dieser Autos blieben nur einige Tage in der Schweiz, ca. $^1/_{10}$ jedoch länger, so daß der durchschnittliche Aufenthalt auf $^1/_2$ Monat anzusetzen ist.

In der Schweiz stunden demnach im Durchschnitt [2]) neben ca. 1400 einheimischen ca. 150 ausländische Automobile.

Durch die letztern werden die Proportionen, die wir für die schweizerischen Fahrzeuge gefunden haben, etwas alteriert, aber das *Hauptresultat* bleibt doch dasselbe: *Vorwiegen der Motorräder und sodann der leichtern Automobile.* Schon in der nächsten Zeit wird ferner, wie es die letztjährige Pariser-Ausstellung unter anderm deutlich gezeigt hat, das Nutzautomobil und der Lastwagen noch weit mehr in den Vordergrund rücken als bisher, so daß die Zahl der Luxusautomobile auf einige Prozent zusammenschrumpft. Die Motorräder aber dürften binnen kurzem, nachdem von Genf aus die sehr guten und billigen Motosaccoches in Aufschwung gekommen sind, die gewöhnlichen Velos vielfach verdrängen und geradezu massenhaft auftreten.

Welche *Folgerungen* können aus diesen Angaben gezogen werden? Einmal die, daß die Mehrzahl der Automobile nicht zu bloßen Sportzwecken gehalten wird, sondern des *Nutzens* wegen; des fernern, daß die überwiegende Zahl der Halter von Kraftfahrzeugen keine Rentiers sind, sondern Geschäftsleute, Aerzte,

[1]) Ueber Motorräder sind keine Angaben da.

[2]) Im Sommer mehr, im Winter weniger.

Digitized by Google

Arbeiter u. s. w. Wir haben es also nicht wie bei den Bahnen mit durchwegs *kapitalkräftigen Subjekten* zu tun und ebensowenig genießen dieselben zur Kompensation für die Ueberwälzung der strengeren Haftpflicht Privilegien wie die Bahnen. Aus diesem Grunde scheint es nicht gerechtfertigt, ohne weiteres und unbedingt die Automobile der gleichen Haftpflicht zu unterwerfen wie die Eisenbahnen. Man riskiert, eine Einrichtung, deren gewerblicher Nutzen immer mehr eingesehen wird, zu unterbinden, und zudem die gegenwärtig sehr kritisch stehende schweizerische Automobilindustrie zu vernichten. Ja noch mehr, sofern der Gesetzgeber nicht Vorsicht walten läßt, so führt er eine Haftung ein, welche die passiven Subjekte zum großen Teil gar nicht tragen können, womit auch die Hülfe, welche man dem Verunfallten zukommen lassen will, illusorisch wird.

Neuerdings scheint man diese Schattenseiten der unbedingten Kausalhaft auch erkannt zu haben. Ich verweise einmal auf die ausländische Gesetzgebung, insbesonders Art. 2 u. 7 des österreichischen Entwurfes, Fassung des Justizausschusses und Art. 3*a* u. 6, Ziffer 2 des deutschen Entwurfes, Fassung der Kommission [1]). Diese beiden Entwürfe sehen bedeutende Milderungen und Ausnahmen von der Kausalhaftung vor. Auch Meili in seinem Referat, These III, hat Konzessionen vom strengen Haftpflichtrecht befürwortet.

Es dürfte daher für den schweizerischen Gesetzgeber geboten sein, unter Rücksichtnahme insbesonders auf die geringern Gefahrumstände und auf die eigenartigen Verhältnisse der haftbaren Subjekte die Automobile etwas schonender zu behandeln als die Eisenbahnen. Es kann dies geschehen, ohne daß man das nun einmal populäre Prinzip der Kausalhaft aufgibt; man kann von ihm ausgehen, aber dasselbe in der

[1]) Abgedruckt bei Meili. Referat, 44 ff.

Digitized by Google

Richtung nach der Tierhaft hin etwas einschränken. Die Schwierigkeit ist nur die, wie diese Einschränkung formuliert werden soll. In den österreichischen und deutschen Entwürfen sind die bezüglichen Ausnahmen zu kasuistisch gestaltet, was Verwirrung und Härten in der Praxis mit sich bringt. Zum Teil erscheinen sie auch als wenig zweckmäßig, wie z. B. die Vorschrift, daß Automobile, die auf einer guten, ebenen Straße eine gewisse Höchstgeschwindigkeit nicht erreichen können, der Kausalhaft nicht unterliegen sollen. Es ist dies sehr ungeschickt; werden denn solche Automobile nicht auch bergab fahren und dabei jegliche Geschwindigkeit annehmen können; und werden Automobile mit großen Höchstgeschwindigkeiten nicht auch oft langsam fahren? Auch Meili, der in seinem Entwurfe derartige Bestimmungen adoptiert hat, scheint ihnen nach seiner Erklärung wenig Zutrauen zu schenken.

Ich habe versucht in meinem Antrag am schweizerischen Juristentag 1907 das Haftungsprinzip mit den Ausnahmen in folgendem Satze zusammenzufassen:

„Wenn durch ein Automobil ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haften der Lenker und der Halter desselben solidarisch für den entstandenen Schaden, sofern sie nicht beweisen, daß weder ihnen, noch den Personen, deren sie sich beim Automobilbetrieb bedienen, ein Verschulden zur Last fällt und daß der Unfall nicht infolge der besondern Gefährlichkeit des Automobilbetriebes eingetreten ist."

Die moderne Tendenz in der Gesetzgebung geht dahin, so viel als möglich kurze Prinzipien aufzustellen und ihre nähere Ausführung dem Richter zu überlassen. Der Satz, den ich formuliert habe, dürfte von solchen, die mit Haftpflichtfragen vertraut sind, unschwer in seiner Bedeutung erfasst werden. Es wird in demselben einmal die Präsumption des Verschul-

Digitized by Google

dens des Automobilisten vorgesehen, ähnlich, nur noch etwas strenger, wie nach Art. 65 O. R. sie zu Lasten des Tierhalters statuiert ist. Aber darüber noch hinaus soll der Automobilist selbst bei nachgewiesenem Nichtverschulden dann nicht befreit sein, wenn der Unfall im Kausalzusammenhang steht mit der besondern Gefährlichkeit des Automobilbetriebes, z. B. größerem Lärm oder einer größern Geschwindigkeit im Unfallmoment, als sie bei gewöhnlichen Fuhrwerken vorkommt. Nur dann soll der Automobilist von der Haftung befreit werden, wenn er höhere Gewalt, einen Zufall im engern Sinne, oder Selbstverschulden des Verletzten nachweisen kann.

Mit dieser Formulierung ist also das Automobil keineswegs zu milde behandelt;[1]) gegenüber der Eisenbahn hat es nur den Vorteil voraus, daß nicht alle Unfälle, die mit ihm in irgend einem Zusammenhange stehen, als Betriebsunfälle angesehen werden [2]), sondern daß das Automobil, wenn es sich nachweisbar aufführt wie ein gewöhnliches Fuhrwerk, auch nicht härter haften muß. Nationalrat Speiser hat im Rat sehr richtig gesagt, den normalen Automobilisten soll man wie den normalen Fuhrmann behandeln, und Ständerat Isler drückte sich dahin aus, daß das Gesetz nicht gegen die vernünftigen Automobilisten gerichtet sein soll.

Daß das letztere nur gerecht und billig ist, dürfte doch allgemein einleuchten.

---

[1]) Hiebei darf ich darauf hinweisen, daß ich mich früher nie schlechtweg zu Gunsten der Tierhaftung ausgesprochen habe, sondern namentlich Abwarten empfahl. Vergleiche Zeitschrift des B. J. V. 39, S. 395.

[2]) Verwendet z. B. jemand ein scheues Pferd in einer Gegend, wo oft Automobile verkehren, so mag er es auf sein eigenes Risiko tun. Läuft einer aus Unachtsamkeit in das korrekt fahrende Automobil hinein, so soll der Automobilist nicht für die Folgen aufkommen müssen.

Digitized by Google

IV. Was meinen Antrag 2 anbelangt:

„In gleicher Weise ist für Sachen, welche der „Betroffene unter seiner Obhut mit sich führt, „Schadenersatz zu leisten"

so ist hierüber nur soviel zu sagen, daß er dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz, Art. 11, entspricht. Ueber dieses noch hinaus zu gehen, wie vorgeschlagen worden ist, erscheint als maßlose Härte.

V. Wie bereits angedeutet, haben sich die meisten bei uns gemachten Vorschläge zur Reglierung der Automobilhaftpflicht allzusehr an das Vorbild des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes angeklammert und den Unterschied namentlich in den Verhältnissen der Subjekte zu wenig beachtet. Und doch ist dieser Unterschied von *grosser praktischer Tragweite.* Wenn jemanden ein Eisenbahnunfall zustößt, so weiß er ohne weiteres, gegen wen er zu klagen hat, und er ist auch ziemlich sicher, einen zahlungsfähigen Beklagten vor sich zu haben. Ganz anders bei einer großen Zahl von Automobilunfällen. Nach der deutschen Statistik von 1906 konnte in 16,7 % aller Auto-Unfälle [1]) der Verursacher nicht ermittelt werden, indem er sich durch die Flucht der Verantwortung entzog. Aber selbst wenn man den schuldigen Automobilisten ausfindig gemacht hat, so hält es doch für den Verletzten oft schwer eine Entschädigung beizutreiben. Man nehme nur den Fall an, wo der Verantwortliche im Auslande, z. B. in England wohnt; wer mag dort prozessieren? Man denke des weitern daran, daß die Motorvelos in rapider Zunahme begriffen sind und ihre Halter und Lenker oft sozusagen nichts als Schulden besitzen. Angesichts dieser Tatsachen darf man ruhig behaupten, daß trotz der Statuierung einer Art Eisenbahnhaftpflicht für die Automobile *in mindestens einem*

[1]) Wahrscheinlich werden gerade hier viele folgenschwere Unfälle dabei sein.

Digitized by Google

Viertel aller Automobilunfälle der Beschädigte keine Aussicht haben wird, zu einem Ersatze zu kommen. Wenn man den Bogen all zu straff anspannt, wird sogar die Tendenz gefördert, daß sich die Täter auf alle mögliche Weise der Verantwortung zu entziehen suchen.

Wir stehen hier vor einem gesetzgeberischen Problem, dem man *mit der Haftpflicht allein* nicht beizukommen vermag; sie lässt eine klaffende Lücke offen. Um diese auszufüllen, muß man sich nach anderweitigen gesetzgeberischen Mitteln umsehen, und als bestes empfiehlt sich die Einrichtung einer *Zwangsgenossenschaft* der Automobilisten. Ueber die Organisation und Funktion einer solchen soll in folgendem einiges nähere ausgeführt werden. (Schluß folgt.)

Verschiedenes.

Civilgesetzbuch. Die projektierte Volksausgabe kann erst im Laufe des Monats April zur Ausgabe gelangen. Selbstverständlich wird dieselbe technisch nicht so gut ausgestattet sein, wie die offizielle Ausgabe vom 21. Dezember 1907, deren dem Referendum unterliegende Text der massgebende ist, und welche à Fr. 2 per Exemplar von dem eidg. Drucksachenbureau bezogen werden kann.

Von verschiedenen Seiten ist die Anregung unterstützt worden, eine Separatausgabe des stenographischen Bulletins zu veranstalten. Wir halten jedoch nicht dafür, dass der Nutzen einer solchen Publikation den grossen Kosten derselben entsprechen dürfte. Für die wissenschaftliche Behandlung des Civilrechts genügt das amtliche Bulletin, und für die Praxis würden wir es geradezu als Gefahr betrachten, wenn sie sich allzusehr auf die Motive versteifen wollte. Unter den Materialien, welche Aufschluss über den Geist des Civilgesetzbuches geben, erscheinen zudem die parlamentarischen Verhandlungsprotokolle als die unbedeutendsten; die „Erörterungen“ dagegen, die am meisten zur Einführung dienen, sind im Buchhandel jedermann leicht zugänglich.

Digitized by Google

Bundesgericht. Die deutsche Ausgabe des Generalregisters zu den Bänden 20 bis 30 ist erschienen und von der Bundesgerichtskanzlei zu beziehen. Die anscheinend wohlgelungene und seriöse Arbeit ist durch Dr. Becker, Kantonsgerichtsschreiber in St. Gallen besorgt worden.

Bernisches Obergericht. An Stelle des verstorbenen Oberrichters A. Meyer ist Fürsprecher W. Gressli in Laufen gewählt worden.

Litteraturanzeigen.

A. Martin. Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Lausanne 1908. Payot & Cie, éditeurs. 413 S. Preis 5 Fr.

Verfasser, der als Professor an der juristischen Fakultät Genf liest, hat seine Vorlesung über Betreibungs- und Konkursrecht publiziert. Die Form ist die eines fortlaufenden Kommentars in der Legalordnung, wie sie vielfach in der französischen Litteratur gebräuchlich ist. Der Text des Gesetzes ist in gesperrter Schrift hervorgehoben. An der Systematik des Gesetzes ist nur insoweit etwas geändert, als die Unterabschnitte der Titel oder diese selbst, wo keine Abschnitte vorhanden sind, in Paragraphen eingeteilt sind, um die Uebersicht des Stoffes zu erleichtern. Als praktischer Franzose gibt der V. sich nicht viel mit Konstruktionen ab, sondern ihn interessiert vielmehr die praktische Anwendung des Gesetzes. Was ist die Bedeutung der einzelnen Bestimmung und welche Voraussetzungen müssen tatsächlich gegeben sein, um sie zu erfüllen, das ist Gegenstand der Diskussion. Er notirt deshalb in allen wichtigen Fragen bald zustimmend bald ablehnend die Meinung der andern Commentatoren des Gesetzes und folgt aufmerksam den Entscheidungen des Bundesgerichtes, die meist nur zitirt, aber manchmal auch in ausführlicher Weise oder mit einzelnen Bemerkungen erörtert werden (vgl. z. B. p. 297, 361). Verwundert hat mich in dieser Richtung, dass das Archiv vom V. in keiner Weise herangezogen wurde. Es ist doch für den Betreibungspraktiker die vollständigste Materialsammlung. Dass

Digitized by Google

die Publikation deutsch erscheint, kann für den V. kein Grund gewesen sein; er benutzt ja in sehr glücklicher Weise den deutschen Text des Gesetzes zu dessen Auslegung und setzt sehr häufig die deutschen Ausdrücke in Klammer bei, um die französischen besser zu verdeutlichen. Eher erklärt sich aus dem Zwecke des Buches, dass die Litteratur mit Ausnahme der Kommentare sozusagen keine Berücksichtigung gefunden hat.

Das Buch wird für den französischen Landesteil eine angenehme Neujahrsgabe bilden; denn ausser Abhandlungen über einzelne Partieen, ist etwas Zusammenfassendes in französischer Sprache seit dem Commentar von Brüstlein und Rambert der, wenn ich nicht irre, 1894 herauskam, nicht mehr erschienen. Was uns immer noch fehlt und was jetzt wohl an der Zeit wäre, ist ein systematisches Werk über das schweizerische Betreibungs- und Konkursrecht. Trotzdem darf man sagen, dass das Buch von Martin für die französische Schweiz eine Lücke ausfüllt und eine brauchbare Anleitung zu dem Studium des „mécanisme assez compliqué" des schweizerischen Betreibungrechtes bildet.

A. Reichel.

Dr. Eugen Meier. Die Beschränkung der Zwangsvollstreckung (Lehre von den Kompetenzstücken) **nach schweiz. Recht.** Zürich. Schulthess & Cie. 1907. 163 S. Heft XVI der Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft.

Eine kurze Einleitung geht der Abhandlung voraus, die in zwei Hauptteile: Die Geschichte der Exekutionsbeschränkungen und die Behandlung des Art. 92 des Betr.-Gesetzes zerfällt. Der dritte Teil gibt eine Kritik des Instituts der Pfändungsbeschränkungen de lege ferenda und de lege lata.

In der Einleitung wird die Lehre vom Wach'schen Rechtsschutzanspruch auf die Exekution übertragen und demgemäss ein publizistischer gegen den Staat, und ein privatrechtlicher gegen den Schuldner gerichteter Anspruch unterschieden. Die Pfändungsbeschränkungen werden als eine Beschränkung des publizistischen Anspruchs charakterisiert, in dem der Staat „seine Gewalt nur soweit zur Verfügung stellt, als dadurch nicht seine eigenen Interessen, die denen des Gläubigers vorgehen, verletzt werden, d. h. er lässt dem Schuldner solche

Digitized by Google

Gegenstände, durch deren Wegnahme er so geschädigt würde, dass darunter das Gemeinwohl litte". Wie hier, spricht sich auch bei der kritischen Untersuchung (p. 143) der Verfasser dahin aus, dass die Pfändungsbeschränkungen im Interesse der Allgemeinheit aufgestellt seien, wobei auch ein neues Rechtsgut „die Existenzfähigkeit des Schuldners" das Licht der Welt erblickt.

Das ist alles, wenn man die Wach'sche Rechtsschutztheorie und die Rechtsgüter, die glaube ich, Kohler aufgebracht hat, anerkennt, recht hübsch aufgebaut. Aber da mir weder die eine noch die andere Konstruktion zur Erkenntnis der Dinge viel beizutragen scheinen, so kann ich auch den daran gehängten theoretischen Ausführungen nicht viel Geschmack abgewinnen. Der Civilprozess und die Zwangsvollstreckung als Teil desselben gehören zum öffentlichen Recht und deshalb dienen sie, wie alles ius publicum dem Gemeinwohl. Aber deshalb steckt doch als treibendes agens das schutzbedürftige Privatrecht dahinter, welches auch im Civilprozess allemal die Hauptsache bleibt. (Wehe, wenn der Prozess oder das Betreibungsverfahren das materielle Recht erdrücken.) Und in der Zwangsvollstreckung wirkt ebensosehr, wie das allgemeine Interesse auch (um eines der vornehmen neuen Worte zu gebrauchen) ein sozialethisches Moment mit. Es wäre eine Roheit, wenn man den Schuldner und seine Familie nackt auf die Strasse stellen würde, nachdem man ihm das Letzte genommen hat. Ebenso wie der Staat durch seine Gesetzgebung die Schranken des Eigentumsrechtes bestimmt, ebenso bestimmt er auch den Inhalt des Forderungsrechtes mit Bezug auf die Begrenzung der Leistungspflicht des Schuldners.

Interessant ist die historische Uebersicht. Der Hauptteil der Arbeit und der für den Praktiker wertvollste ist der zweite Teil, in welchem unter eingehender Berücksichtigung (vgl. u. a. p. 115 das Verzeichnis der durch die bisherige Praxis geschützten Berufsarten und Gegenstände unter Verweisung auf die Entscheidungen) und kritischer Behandlung der Judikatur die Lehre von den Kompetenzstücken allseitig erörtert wird, u. a. wird auch die Beschwerde und die strafrechtliche Seite (p. 62 ff. u. p. 94 ff.) mit in den Kreis der Diskussion gezogen.

Es ist nur zu bedauern, dass der Verfasser nicht auch die Lohnpfändung mit in seine Arbeit einbezogen

Digitized by Google

hat. Wahrscheinlich wäre sie aber dadurch für eine Dissertation zu umfangreich geworden. *A. Reichel.*

Dr. Hans Leemann. Der schweizerische Verlustschein. 158 S. Bern 1907. Verlag bei Stämpfli & Cie. (Nr. 23 der von Prof. Gmür herausgegebenen Abhandlungen zum schweizerischen Recht.)

Verfasser hat sich schon in seiner Dissertation (Die Konkursgründe im schweizerischen Betreibungsrechte) näher mit der Zwangsvollstreckung befasst und da ihn sein jetziges Amt — er ist Inspektor der Notariate und Konkursämter im Kanton Zürich — mit der Praxis in nähere Berührung bringt, so hat er den Verlustschein (Art. 115, 149, 265, 271, 285 des B. G.) einer kritischen Untersuchung unterzogen, die als durchaus gelungen bezeichnet und jedem empfohlen werden darf, der sich theoretisch oder praktisch mit unserem Betreibungsrechte befasst.

Die Abhandlung erörtert in einem ersten Teil den Verlustschein infolge Pfändung, den Verlustschein infolge Konkurses, im zweiten Teil die Rechtsstellung der Verlustgläubiger ohne Verlustschein, im dritten die Stellung der Verlustscheinsgläubiger bei späteren Exekutionen, im vierten das intertemporale und internationale Recht. In einem Anhang sind die gesetzlichen Bestimmungen über den Verlustschein abgedruckt. Nun wäre es ja schon ein Vergnügen, mit dem Verfasser zu diskutieren. Denn es ist eine alte Geschichte, dass, wenn zwei Juristen beieinander sind, sie drei Meinungen haben. Aber es würde mich zu weit führen, wenn ich meine abweichende Meinung überall begründen wollte. In den meisten kritischen Fragen, besonders vom zweiten Kapitel weg, stimme ich übrigens mit dem Verfasser überein, mehr Fragezeichen habe ich mir beim Verlustschein aus Pfändung gemacht, z. B. wo auf p. 28 von der Bedeutung des Verlustscheins für die Aberkennungsklage die Rede ist. Ich sehe nicht recht ein, warum der Verlustschein, von dem auch Verfasser annimmt, dass er nicht einer materiellrechtlichen Schuldanerkennung gleichsteht, nun in der Aberkennungsklage eine Verkehrung der Beweislast bewirken soll. Seinem prozessualischen Charakter ist dadurch schon Genüge geleistet, dass er als eine zur Rechtsöffnung dienende Urkunde qualifiziert ist. *A. Reichel.*

Digitized by Google

Rechtsprechung.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

8. Internationales Vormundschaftsrecht. Art. 33 des Bundesgesetzes über die civilrechtl. Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Ist von Seite Deutschlands das Erfordernis des Gegenrechts erfüllt?

Die Frage wurde bejaht: „Il est certain que la réciprocité dont il s'agit ici, ne doit pas s'entendre que de celle qui serait expressément assurée ou consacrée par un traité, et qu'il suffit bien plutôt qu'elle découle du droit national propre à l'Etat étranger qui, par l'organe de telle autorité compétente (du lieu d'origine), réclame la remise de la tutelle qui a été instituée envers l'un de ses ressortissants sur territoire suisse; en d'autres termes, et ainsi que cela résulte plus particulièrement du texte allemand de la loi (*«sofern der ausländische Staat Gegenrecht hält»*), il suffit que l'Etat étranger reconnaisse, dans sa législation intérieure, le droit de la Suisse (ou de telle autorité cantonale compétente), de réclamer à son tour, dans des conditions analogues, c'est-à-dire dans le cas d'une tutelle instituée envers un Suisse sur le territoire de cet Etat étranger, la remise ou le transfert de cette tutelle; autrement dit encore, il suffit qu'en cette matière, et dans sa législation intérieure, l'Etat étranger consacre, pour autant qu'il s'agit de relations internationales, le principe que la loi et la juridiction du lieu d'origine doivent avoir le pas sur celles du lieu du domicile (voir *v. Salis*, dans *Zeitschrift für schweiz. Recht*, Bd. XI N. F., p. 365; dans son commentaire, 2e éd[n]; *Bader* donne à l'art. 33 un texte différent du text original et, sous litt. c, cite aussi inexactement v. Salis). Or, tel est bien le cas de la législation de l'empire d'Allemagne. ...“ wie sich aus den Art. 7 al. 1, 8 u. 23 al. 1 des Einführungsgesetzes zum deutschen bürgerl. Gesetzbuch und Art. 47 al. 1 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergebe.

Urteil vom 24. Oktober 1907 i. S. *Longet* und *Jutz* c. *Chambre des tutelles du canton de Genève.*

Digitized by Google

4. Einfluss des Konkurses auf die Schiedsklausel.

Henneberg & Allemand machten gegen die Aktiengesellschaft le *Village Suisse* eine Forderung aus Werkvertrag geltend, die bestritten wurde. Im Vertrag war schiedsgerichtliche Erledigung der daraus sich ergebenden Streitigkeiten vorgesehen. Bevor über die Forderung schiedsgerichtlich entschiden war, fiel das *Village Suisse* in Konkurs. Die Forderung von Henneberg & Allemand wurde von der Konkursverwaltung als unbegründet weggewiesen, worauf die beiden Klage auf Aufnahme derselben nach Art. 250 Sch. u. K. G. einleiteten. Die Konkursmasse des *Village Suisse* erhob gestützt auf die Schiedsklausel die Einrede, das Konkursgericht sei zur Feststellung der Forderung nicht zuständig. Im Gegensatz zu den kantonalen Instanzen verwarf das Bundesgericht diese Einrede, weil „la déclaration de faillite de la Société du „Village Suisse a eu pour effet d'entraîner la caducité „de la clause compromissoire, vu l'impossibilité de l'exé„cution de cette clause; la masse ne peut, ni l'invoquer „en sa faveur, puisqu'elle n'est pas subrogée au failli, „ni la liquider, parce que le droit qui en découle ne „comporte pas une liquidation"; und weil „toute excep„tion d'incompétence tirée d'un compromis doit être écartée „d'emblée lorsqu'il s'agit d'une contestation concernant „l'état de collocation."

Urteil vom 26. Oktober 1907 i. S. *Henneberg & Allemand* c. *la Masse en faillite de la Société anonyme du Village Suisse.*

5. Abtretung grundversicherter Forderungen; anwendbares Recht. Art. 198 O. R.

Im Gegensatz zu frühern Entscheidungen (B G E. Bd. 24 II 117 u. 27 II 402) wurde ausgesprochen, dass sich der Vorbehalt des kantonalen Rechts in Art. 198 O. R. auch auf die Folgen und die Voraussetzungen der Abtretung, insbesondere auf die Garantie des Cedenten beziehe.

Urteil vom 26. Oktober 1907 i. S. *Giraud* c. *Monigatti.*

6. Haager Scheidungsconvention: Gerichtsstand für Scheidungsklagen von Deutschen, die in der Schweiz domiziliert sind: Kompetenz des Bundesgerichts zur Nachprüfung der auf Grund der Convention ergangenen kantonalen Urteile.

Scheidungsklagen von Deutschen, die in der Schweiz domiziliert sind, können nach Art. 5, Ziff. 2, der inter-

Digitized by Google

nationalen Convention beim Domizilrichter angebracht werden, da Deutschland nicht einen ausschliesslichen Gerichtsstand aufstellt.

Wenn der Domizilrichter gemäss Art. 2, Abs. 1, der Convention prüft, ob die Scheidung sowohl nach dem Gesetze des Heimatstaates der Ehegatten als nach dem Gesetze des Ortes, wo geklagt wird, zulässig sei, so werden damit die Scheidungsvoraussetzungen beider Gesetze zu einem besonderen internationalen Scheidungsgrund combiniert. „Art. 2 (der Convention) ist daher nicht sowohl eine Vorschrift des internationalen Privatrechts, die über das anzuwendende Recht bestimmen würde, sondern eine zwischenstaatliche materielle Rechtsnorm.“ Hieraus folgt, dass das Recht des Heimatstaates der Ehegatten, auf das der Richter mit abstellt, sich nicht als ausländisches Recht im Sinne des Art. 83 O. G. darstellt, und dass sich die Kognition des Bundesgerichts als Berufungsinstanz auch darauf erstreckt ob die Voraussetzungen der Seheidung nach dem heimatlichen Recht gegeben sind.

Urteil vom 14. Nov. 1907 i. S. Möhrle c. Möhrle.

7. Markenschutz; falsche Herkunftbezeichnung?

„Nach Wortlaut und Tendenz des M. Sch. G., speziell „auch der Bestimmungen über die Herkunftbezeichnungen „(Art. 18 ff. des Gesetzes), ist anzunehmen, dass am Ort „der Herkunftsbezeichnung die Fabrikation der Produkte „stattfinden soll; der Vertrieb von einer Oertlichkeit aus „genügt nicht, um die Berechtigung für Herkunftsbezeich„nung zu schaffen (s. auch Dunand, Traité Nr. 309, „Seite 463 f.).“

Urteil v. 22. Nov. 1907 i. S. Kuenzer & Cie ca. Helvetia A. G.

8. Eisenbahnhaftpflicht; Einrede des Verschuldens Dritter nach Art. 1 des Gesetzes vom 25. März 1905.

Ein Kind wurde vom Tram überfahren und getötet. Der Haftpflichtklage der Eltern setzte die beklagte Unternehmung u. a. die Einrede des Verschuldens Dritter entgegen, das in mangelnder Beaufsichtigung durch die Kläger gefunden wurde. Alle Instanzen nahmen ein solches Verschulden an. Dagegen erklärte das Bundesgericht, im Gegensatz zu den kantonalen Instanzen, dass dieses Verschulden die beklagte Unternehmung nicht zu befreien vermöge, da es nicht die ausschliessliche Ur-

Digitized by Google

sache des Unfalls sei, und da nach Wesen und Zweck des Haftpflichtgesetzes die Befreiung von der Haftpflicht nur eintrete, wo das Verschulden Dritter geradezu den Kausalzusammenhang im Rechtssinn zwischen Betrieb und Unfall ausschliesse, nicht aber wenn daneben auch der Betrieb als Mitursache erscheine. Ob bei der konkurrierenden Verursachung des Unfalls durch schuldhaftes Verhalten von Dritten und Bahnbetrieb die Bahn in vollem Masse haftpflichtig sei, oder nur, gemäss der konkreten Bedeutung des Betriebs als Ursache, reduzierte Haftpflicht Platz greife, wurde unentschieden gelassen, da die Kläger selbst als dritte Schuldige der Bahn gegenüber für ihr Verschulden regresspflichtig gewesen wären.

Urteil vom 5. Dez. 1907 i. S. Rubin ca. Stadt Schaffhausen.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher und Oberrichter *Folletête*.

---

5. *Ehescheidung:* Ist die Vereinigung zu einem gemeinsamen Scheidungsbegehren auch in oberer Instanz prozessualisch noch zulässig?

Ritschard ca. *Ritschard*.

28. Februar 1907. (I. Abteilung).

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach Ausfällung dieses Urteiles, gegen das der Kläger appellierte, haben Parteien den eingangs reproduzierten Vergleich abgeschlossen, durch den ihre güterrechtlichen Verhältnisse definitiv geordnet und zudem auch die Frage der Zuteilung der Kinder gütlich erledigt worden ist.

Im heutigen Termin hat sich infolgedessen die Beklagte dem Scheidungsbegehren ihres Ehemannes ausdrücklich angeschlossen, so dass gegenwärtig ein gemeinsamer, auf *Art. 45* des Civilstandsgesetzes sich stützender Scheidungsantrag beider Ehegatten vorliegt. Damit fällt die Prüfung der Frage, ob ein bestimmter Scheidungsgrund im Sinne des Art. 46 leg. cit., oder

Digitized by Google

eine tiefe eheliche Zerrüttung (Art. 47) anzunehmen wäre, vorerst ausser Betracht.

Vielmehr muss bei dieser Sachlage in erster Linie die Frage geprüft werden, ob eine solche Vereinigung zu einem gemeinsamen Scheidungsbegehren auch noch in oberer Instanz prozessualisch möglich und zulässig ist, eine Frage, die von König in seinem Kommentar zum bernischen C. G. (Bd. I, S. 147) und überdies auch vom Bundesgericht in seinem Urteile vom 12. Januar 1877 i. S. der Eheleute Bachmann (A. S. Bd. III S. 112/113) bejaht, in einem spätern Urteile des Bundesgerichtes vom 28. Februar 1885 i. S. der Eheleute Grüter (A. S. Bd. XI, S. 45 f.) jedoch wenigstens für die bundesgerichtliche Instanz verneint worden ist.

Richtig ist nun allerdings, dass der Tatbestand nicht verändert werden darf. Berücksichtigt man aber andererseits die Tatsache, dass die Parteien durchaus berechtigt sind, ihre Rechtsbegehren, sofern sie nur nicht über die erstinstanzlich ans Recht gestellten hinausgehen, jederzeit zu modifizieren, ein Beklagter mithin auch befugt ist, sich einem Begehren, dem er sich in erster Instanz widersetzte, in oberer Instanz zu unterziehen, so muss ihm wohl auch das Recht zuerkannt werden, in oberer Instanz ein materiell mit dem klägerischen sich deckendes Rechtsbegehren zu stellen. Aus diesem Grunde und aus praktischen Erwägungen muss deshalb der von König und vom Bundesgericht in dem erstgenannten Entscheide vertretenen Ansicht unbedingt der Vorzug gegeben werden. Zwar sind die Vorschriften betreffend die Zulässigkeit der Scheidung in der Tat zwingenden Rechtes und darf daher eine Scheidung nur ausgesprochen werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Dies hindert aber nach dem Gesagten keineswegs, dass die Parteien innerhalb der Schranken ihrer prozessrechtlichen Befugnisse nachträglich Dispositionen treffen, durch welche die Bedingungen für das Zutreffen jener Voraussetzungen geschaffen werden.

6. *Unfallversicherung:* Bedeutung der Klausel des Ausschlusses aus der Versicherung wegen Sehschwäche; Umschreibung der die Versicherung ausschliessenden Invalidität. Erhöhte Unfallgefahr — erhöhte Schadensgefahr.

Digitized by Google

Einwohnergemeinden Steffisburg und Heimberg
ca. *Unfallversicherungsgesellschaft „La Préservatrice".*
28. Februar 1907. (II. Abteilung).

Tatbestand:

Der im Dienste der Klägerinnen stehende Handlanger Friedr. Guggisberg erlitt am 14. April 1902 einen Unfall, indem ihm ein kleines Steinchen in das *linke* Auge flog, wodurch dasselbe stark verletzt wurde.

Die Beklagte will sich nun der Haftung für die Folgen dieses Unfalles gestützt darauf entschlagen, dass der Arbeiter zur Zeit des Unfalls mit einem Gebrechen, durch welches die Sehkraft geschwächt wurde — hochgradiger Kurzsichtigkeit des *rechten* Auges — behaftet und deshalb gemäss Art. 3 Al. 4 der allgemeinen Policebedingungen in der Versicherung nicht inbegriffen gewesen sei.

Die fragliche Vertragsklausel lautet:

„Immerhin sind in der Versicherung nicht inbegriffen die Bureauangestellten, selbst wenn sie eingetragen wären, sowie diejenigen Lohnarbeiter, welche mehr als 70 Jahre alt sind, oder taub, oder von einer das Sehvermögen schwächenden, oder den normalen Gebrauch eines Armes oder Beines hemmenden Invalidität befallen sind, wenn anders die Gesellschaft sich nicht dazu verstanden hat, dieselben, unter namentlicher Aufführung, durch eine besondere Bestimmung in der Police oder durch einen spätern Anhang, zu versichern."

Die für den Streitfall bestellten gerichtlichen Experten äusserten sich im Wesentlichen wie folgt:

„1. Vor der Verletzung war das rechte Auge des Guggisberg hochgradig kurzsichtig (20, OD), seine korrigierte Sehschärfe war höchstens 0,2—0,25. Es handelte sich hier um eine angeborene oder doch frühzeitig erworbene pathologische Affektion des rechten Auges.

„2. Das linke verletzte Auge besass vor der Verletzung keine Kurzsichtigkeit. Es geht dies aus der nach der Verletzung noch immer möglichen und auch mehrfach in der Augenklinik angestellten und in der Krankengeschichte notierten Refraktionsbestimmung hervor; auch für die Annahme einer anderweitigen, die Sehschärfe des linken Auges herabsetzenden Erkrankung, lag absolut kein Grund vor, was durchaus übereinstimmt mit den Angaben des Verletzten und der Zeu-

Digitized by Google

gen, welche alle die gute Sehkraft des Verletzten betonen.

„In der Collektiv-Police A der „La Préservatrice" findet sich nun unter den allgemeinen Bedingungen folgende Bemerkung: Immerhin sind in der Versicherung nicht inbegriffen, diejenigen Lohnarbeiter, welche von einer das Sehvermögen schwächenden Invalidität befallen sind. Gehörte nun Friedr. Guggisberg vor der Verletzung des linken Auges zu dieser, von der Versicherung bezeichneten Klasse von Invaliden und ist daher die Versicherungsgesellschaft „La Préservatrice" der Pflicht enthoben, den durch die Verletzung entstandenen Verlust an Arbeitsfähigkeit nach Massgabe der Police dem Guggisberg zu entschädigen? Das ist ausschliesslich die Frage, auf welche unser gemeinsames Gutachten Antwort erteilen soll.

„Bevor wir diese Frage beantworten können, müssen wir uns klar sein, was wir unter „einer das Sehvermögen schwächenden Invalidität" verstehen. Unter „Invalidität" verstehen wir eine Verminderung der normalen durchschnittlichen Arbeitsfähigkeit; unter *„einer das Sehvermögen schwächenden Invalidität"* müssen wir in logischer Weise eine Verminderung der normalen durchschnittlichen Arbeitsfähigkeit infolge einer Augenaffektion, die mit Herabsetzung der Schärfe einhergeht, verstehen. Besass nun Guggisberg vor seiner Verletzung eine solche Invalidität, oder nicht?

„Wer nur an einem Auge, infolge hochgradiger Kurzsichtigkeit eine centrale Sehschärfe von 0,2 oder 0,1 oder noch weniger besitzt, während das zweite Auge normale Verhältnisse aufweist, ist in seiner Arbeitsfähigkeit gleich wie der Einäugige nicht behindert in dem Falle, dass die die Sehschärfe des einen Auges herabsetzende Augenaffektion *angeboren*, oder *in frühester Kindheit* erworben wurde. Handelt es sich dagegen um ein das Sehvermögen des einen Auges hochgradig schwächendes, aber erst im späteren Alter (infolge der Berufstätigkeit) erworbenes Augenleiden, so kann eine hieraus resultierende Verminderung der Arbeitsfähigkeit nicht bezweifelt werden. Fragen wir uns zunächst, was Guggisberg durch seine hohe Kurzsichtigkeit mit der damit zusammenhängenden Verminderung der Sehschärfe des rechten Auges am Werte seines

Digitized by Google

Sehaktes eingebüsst hat, so müssen wir folgendes hervorheben:

„1. Die centrale Sehschärfe des rechten Auges ist auf 0,2—0,25 gesunken, hiedurch ist aber das centrale Sehen des Patienten in keiner Weise beeinträchtigt, da das zweite linke Auge eine normale Sehkraft besitzt und sich von Jugend an daran gewöhnt hat, voll und ganz für das rechte Auge einzutreten.

„2. Das stereoskopische binoculare Sehen ist verloren gegangen oder hat sich niemals entwickeln können. Dieser Verlust des stereoskopischen Sehens bedingt aber bei Guggisberg keine Verminderung der Arbeitsfähigkeit, da Leute, welche in früher Jugend (ja selbst bis zum 20. Altersjahre) ein Auge und infolge dessen den binocularen Sehakt verlieren, sehr rasch sich gewöhnen, mit dem übrig gebliebenen guten Auge die räumlichen Distanzen abzuschätzen und so die Folge ihres Verlustes auszugleichen.

„Entschieden bestreiten müssen wir, dass G. durch seine Myopie wie Dr. L... in seinem Gutachten behauptet, $^1/_4$ seines gesamten Gesichtsfeldes eingebüsst habe. Das Gesichtsfeld des rechten, hochgradig kurzsichtigen Auges ist vollständig intakt und wenn auch die Eindrücke, welche dasselbe treffen, weniger deutlich sind, als bei einem normalen Auge, so hat das nicht viel zu bedeuten, wenn man bedenkt, dass das periphere Gesichtsfeld überhaupt nur undeutliche Wahrnehmungen zu machen imstande ist.

„Aus diesen Auseinandersetzungen ergibt sich, dass G. infolge seiner hohen Kurzsichtigkeit, und der damit verknüpften Schwachsichtigkeit in seiner Arbeitsfähigkeit nicht beschränkt war. Er besass also nicht eine (wie die Police sich ausdrückt) das Sehvermögen schwächende Invalidität. Einer meiner Herren Assistenz-Aerzte besitzt am rechten Auge von Geburt oder von frühester Jugend an eine Kurzsichtigkeit, ebenso gross wie die des G. (20, OD). Die korrigierte Sehschärfe des betreffenden Auges beträgt nur 0,1, trotzdem ist derselbe imstande, seinen gewiss gute Sehverhältnisse erfordernden Beruf als Augenarzt auszuüben, ja selbst die schwierigsten Operationen auszuführen, welche gewiss eine ausgeprägtere Tiefenwahrnehmung, als der Beruf eines Handlangers erfordern. Derselbe protestiert energisch da-

Digitized by Google

gegen, dass das Gesichtsfeld seines kurzsichtigen rechten Auges von geringerem Werte für ihn sei, als das des normalen linken Auges. Sobald er sein rechtes Auge schliesst, und damit das nach den Angaben L...'s wertlose Gesichtsfeld ausschaltet, ist er in seiner Orientierung bedeutend beeinträchtigt.

„Dass G. trotz seiner hochgradigen rechtsseitigen Kurz- und Schwachsichtigkeit kein Invalide war, geht auch daraus hervor, dass er ganz wie jeder andere Handlanger arbeitete und verdiente und dass niemand, vielleicht er selbst nicht, von seinem Augenfehler etwas bemerkte.

„Es ist nun auch die Frage aufgeworfen worden, ob für G. infolge seines Augenleidens eine erhöhte Unfallgefahr bestanden habe. Auch eine Invalidität in diesem etwas erweiterten Sinne glauben wir im Gegensatz zu Dr. L... entschieden ablehnen zu müssen; wir könnten uns nur dann auf eine Diskussion dieser Frage einlassen, wenn das periphere Gesichtsfeld des kurzsichtigen Auges von G. defect wäre und so der Orientierung und der Wahrnehmung einer von aussen drohenden Gefahr Schwierigkeiten bieten würde. Einen Defect des Gesichtsfeldes mussten wir aber für das rechte kurzsichtige Auge des G. auf das Entschiedenste bestreiten; dass die Kurzsichtigkeit den Wert des peripheren Gesichtsfeldes wesentlich verringere, mussten wir gleichfalls im Vorausgehenden unbedingt in Abrede stellen. Ein bei der Arbeit abspringender Steinsplitter trifft nach unserm Dafürhalten ebenso gut das linke normalsichtige, wie das rechte kurzsichtige Auge. Wenn eine Unfallgefahr durch Aufspringen eines Steinsplitters entstehen sollte, so könnte sie höchstens für das schlechter sehende rechte Auge angenommen werden. Bei G. handelt es sich aber um eine Steinverletzung des normalsichtigen linken, nicht des kurzsichtigen rechten Auges.

„Was endlich die Frage betrifft, ob G., wenn er zwei völlig normale Augen vor dem Unfalle besessen hätte, ebenfalls mit 75 % entschädigt worden wäre, so müssten wir diese Frage entschieden verneinen. Wer eines von zwei funktionstüchtigen Augen verliert, büsst höchstens 25—30 % seiner Erwerbsfähigkeit ein, wer dagegen nur ein völlig funktionstüchtiges Auge besitzt

Digitized by Google

und dasselbe verliert, erleidet damit einen viel höhern Verlust an Erwerbsfähigkeit. Damit ist also durchaus nicht ausgeschlossen, dass der Einäugige vor der Verletzung seines einzigen guten Auges eine unbeschränkte normale Arbeitsfähigkeit besass."

Aus den Entscheidungsgründen:

Es ist klar, dass die Experten sich nicht über die *Rechtsfrage* auszusprechen hatten, ob Guggisberg in der Versicherung inbegriffen gewesen sei, sondern dass ihr fachmännisches Gutachten sich nur über die *tatsächliche* Frage zu erstrecken hatte, ob Guggisberg mit einer das Sehvermögen schwächenden Invalidität behaftet war, und dass solches auch nur in dieser Beschränkung für den Richter verbindlich sein kann.

Jene Frage haben nun die Experten in entschieden verneinendem Sinne beantwortet und zwar nicht etwa bloss aus dem Gesichtspunkt einer akademischen Erörterung des Begriffes der „Invalidität", sondern in der Weise, dass sie genau angeben, in welchem Masse eine Einschränkung der Sehfähigkeit des Guggisberg durch die hochgradige Kurzsichtigkeit seines rechten Auges bedingt war. Diese Ausführungen müssen für das Gericht unbedingt als massgebend gelten und es ist dabei insbesondere beachtenswert, was in betreff der Nichtbehinderung eines Assistenzarztes des Prof. Dr. S..... in seinem Beruf trotz einer derjenigen des Guggisberg nicht nachstehenden Kurzsichtigkeit des rechten Auges angebracht wird, denn es ist einleuchtend, dass an das Sehvermögen eines Augenarztes viel höhere Anforderungen gestellt werden müssen als an dasjenige eines Handlangers. Die hier zu ventilierende Rechtsfrage ist mithin auf Grundlage dieses Gutachtens — in Verbindung mit den Zeugenaussagen der Laien über die Sehkraft des Guggisberg vor dem Unfall — zu lösen, zumal dasselbe in seinen Schlüssen mit dem Nachtragsgutachten des Dr. H... vom 30. Juni 1903 übereinstimmt und einzig Dr. L... eine andere Ansicht vertritt.

Nun hat sich das Bundesgericht in seinem Urteile vom 11. November 1898 in Sachen der Préservatrice c. Chamorel dahin ausgesprochen, dass unter einer die Versicherung ausschliessenden Invalidität — es handelte sich damals um eine in französischer Sprache abgefasste Versicherungspolice der heutigen Beklagten und um die

Digitized by Google

Auslegung des dem im deutschen Text mit „Invalidität" wiedergegebenen entsprechenden Ausdruckes „infirmité" in Art. 3 Al. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen nur eine solche Invalidität zu verstehen sei, deren Wirkungen sich im *praktischen Leben*, insbesondere auch durch eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit äussern, nicht aber eine rein wissenschaftliche, welche keine weitere Inkonvenienzen zur Folge habe, indem andernfalls die grosse Mehrzahl der Versicherungsnehmer von der Wohltat der Versicherung ausgeschlossen wäre (s. B. G. E. XXIV², S. 772). Vorliegend kann im Hinblick auf das Gutachten der Experten und die einschlagenden Zeugenaussagen davon keine Rede sein, dass Guggisberg durch die Kurzsichtigkeit des rechten Auges in der Sehkraft in einer seine Arbeitsfähigkeit irgendwie herabmindernden Weise beeinträchtigt gewesen sei und es trifft mithin der Ausschliessungsgrund einer das Sehvermögen schwächenden Invalidität im Sinne von Art. 3 Al. 4 der allgemeinen Policebedingungen auf seine Person nicht zu.

Zum gleichen Resultat gelangt man auch, wenn man bei der Auslegung der fraglichen Vertragsbestimmung von den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr ausgeht, welche — wie auch das Bundesgericht betont — insbesondere auch bei den Versicherungsverträgen eine wichtige Rolle spielen. Schon der Zusammenhang, in welchem die betr. Bestimmung sich vorfindet weist nämlich darauf hin, dass man sich dadurch gegen eine *erhöhte Unfallgefahr* schützen wollte. Dass nämlich der Grund, wesshalb Lohnarbeiter, welche *mehr als 70 Jahre alt*, oder *taub oder von einer den normalen Gebrauch eines Armes oder Beines hemmenden Invalidität befallen sind*, von der Versicherung ausgeschlossen werden, in der dadurch bedingten Erhöhung der Unfallgefahr zu erblicken ist, liegt auf der Hand und wenn damit *eine das Sehvermögen schwächende Invalidität* auf die gleiche Linie gestellt wird, so muss angenommen werden, man habe auch hier das Moment der Erhöhung der Unfallgefahr für den Ausschluss der betr. Personen von der Versicherung als ausschlaggebend betrachtet und fällt infolge dessen eine keine erhöhte Unfallgefahr bedingende Schwächung der Sehkraft nach der angegebenen Richtung ausser Betracht.

Digitized by Google

So hat denn auch das Bundesgericht bereits in seinem Urteil vom 27. April 1894 in Sachen der heutigen Beklagten c. Egger darauf abgestellt, dass das Kriterium für den Ausschluss eines Arbeiters von der Versicherung gemäss der in Frage stehenden Policebestimmung in der *erhöhten Unfallgefahr* zu erblicken sei (B. G. E. XX, S. 469 ff.) und auf dem nämlichen Boden steht auch das bereits citierte Urteil i. S. Préservatrice c. Chamorel. Dass aber der Zustand des rechten Auges des Guggisberg eine erhöhte Unfallgefahr, und zwar in thesi, nicht bedingte, steht nach dem Gesagten fest und nach dieser Richtung lag mithin kein Grund vor zum Ausschluss desselben von der Versicherung.

Die Beklagte macht aber weiterhin geltend, durch die Kurzsichtigkeit des rechten Auges des Guggisberg sei die *Schadensgefahr* erhöht worden und deswegen sei derselbe von der Versicherung ausgeschlossen gewesen

Richtig ist in der Tat, dass durch den Zustand des rechten Auges des Guggisberg die Schadensgefahr erhöht wurde, und dass der durch die Verletzung seines linken Auges bedingte Lohnausfall und damit die Entschädigung erheblich höher bemessen wurden, als wenn das rechte Auge normal gewesen wäre.

Richtig ist auch, dass das Bundesgericht in Sachen Préservatrice c. Egger sich in einer Weise ausdrückte, welche darüber Zweifel zulässt, ob nicht schon die Erhöhung der Schadensgefahr den Ausschluss des betr. Arbeiters von der Versicherung zur Folge gehabt hätte; allein bei der Beurteilung des spätern Falles Préservatrice c. Chamorel hat sich das Bundesgericht ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, dass die erhöhte Schadensgefahr an sich einen Ausschluss des betr. Arbeiters von der Versicherung keineswegs bedingt. Dieser *grundsätzlichen* Stellungnahme gegenüber kann der *beiläufigen* Bemerkung am Schluss von Erwägung 3, die Differenz sei *übrigens* nur eine unbedeutende, keine massgebende Bedeutung zuerkannt und es darf daraus namentlich nicht etwa gefolgert werden, dass nach der Ansicht des Bundesgerichtes eine bedeutende Erhöhung der Schadensgefahr die Beklagte berechtigt hätte, gestützt auf die fragliche Policebestimmung ihre Haftung

Digitized by Google

bezüglich des dem Falcetti zugestossenen Unfalls abzulehnen. Den Grundsätzen von Treu und Glauben entspricht denn auch — wie bereits angeführt — einzig die hier vertretene Auslegung von Art. 3 Al. 3 der allgemeinen Policebedingungen und es hat übrigens das Bundesgericht auch in seinem jüngsten Entscheide vom 12. Januar 1907 i. S. der heutigen Beklagten c. Näf diese Auffassung als die allein haltbare hingestellt (s. Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 43, S. 132/133).

7. ***I. Art. 1499 c. c. fr.*** **Dans le partage d'une communauté d'acquêts la preuve de la consistance des apports mobiliers des conjoints n'est pas limitée, sauf à l'égard des créanciers, aux moyens de l'inventaire ou de l'état en bonne forme. Cfr. vol. XLIII, pag. 547.**

L'évaluation en bloc de l'apport mobilier dans le contrat de mariage suffit pour justifier sa reprise en argent; l'inventaire n'est nécessaire que si la reprise doit se faire en nature.

II. Art. 1421 c. c. fr. **Le mari, en sa qualité d'administrateur des biens de la communauté, n'est pas responsable envers la femme d'une faute de gestion; celle-ci ne saurait donc prétendre à une récompense de ce chef.**

Marie-Adèle Donzelot contre *Jean-Pierre Nappez et consorts.* 22 mars 1907. (II^e^ Chambre.)

Extrait des considérants:

1. La première question à examiner est celle de savoir si la communauté d'acquêts peut être grevée des prétendues reprises de François Donzelot.

Ces reprises comprennent:

a) La valeur des créances apportées en mariage par François Donzelot dans son contrat de mariage, par . . . . . fr. 30,500.—

b) L'argent comptant . . . . . „ 3,000.—

fr. 33,500.—

moins la perte sur la créance Brossard . „ 1,183.—

Reste fr. 32,417.—

A l'appui de ses conclusions, Madame Donzelot pose en fait sous N° 6 qu'antérieurement à son mariage ou dans son contrat de mariage, François Donzelot n'a pas fait procéder à un inventaire ou n'a pas fait dresser un

Digitized by Google

état en bonne forme des créances et du mobilier qu'il avait apportés en mariage. Elle en déduit que la simple déclaration insérée au contrat de mariage que François Donzelot possédait des créances pour une somme de fr. 30,500.—, n'autorise pas ses héritiers ou légataires universels en application de l'art. 1499 c. c. fr., à en exercer la reprise dans les opérations du partage de la communauté d'acquêts.

Les dispositions spéciales relatives au partage de la communauté de biens réduite aux acquêts sont renfermées dans les art. 1498 et 1499 c. c. français, encore en vigueur dans le Jura bernois.

L'art. 1498 dispose que le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés.

La question de savoir quelle preuve les conjoints doivent fournir pour exercer leurs reprises, soit comme propriétaires de leurs biens propres parfaits, soit comme créanciers de la valeur des propres qu'ils ne peuvent pas réclamer en nature est une des plus épineuses du régime de la communauté d'acquêts.

Le code ne prescrit pas de régles particulières pour la justification des apports immobiliers: on appliquera ici les règles ordinaires qui régissent la communauté légale, soit les dispositions de l'art 1402 c. c. fr.

Par contre, pour la justification des apports mobiliers, l'art. 1499 stipule que si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt.

Cet article, combiné avec d'autres textes du code reçoit des interprétations différentes selon qu'il s'agit de faire la preuve des apports mobiliers dans les rapports des époux entre eux ou à l'égard des créanciers de l'un ou de l'autre conjoint, spécialement en cas de faillite du mari.

Au cas particulier, il n'y a lieu d'examiner que la question de la preuve des apports dans les rapports des époux entre eux et plus particulièrement de la preuve de la consistance du mobilier lors du mariage.

Les auteurs sont trés partagés à ce sujet. D'après un premier système, la présomption d'acquêts à défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme est applicable entre

Digitized by Google

les époux pour le mobilier possédé au moment du mariage et l'inventaire ou état exigé par l'art. 1499 ne peut être remplacé par aucune autre preuve (Laurent, Principes du droit civil français, 5e éd. t. 23 No 212 et ss.).

Suivant un second système il y aurait lieu d'accorder à la femme ou à ses héritiers, mais non au mari, la faculté de faire preuve de son apport par tous les moyens et même par commune renommée. (Rodière & Pont, Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, 2e éd. t. 2, No 1273.)

Selon une troisième opinion, l'art. 1499 ne résoudrait qu'une question de propriété et déterminerait les conditions dans lesquelles un époux aurait le droit de prélever en nature certains objets mobiliers qu'il dit lui appartenir en propre et que le cas où l'un des époux prétend opérer une reprise en argent est régi par les dispositions de l'art. 1504 (Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, 8e éd., tome III, No 257 in fine).

Enfin suivant une quatrième opinion, l'art. 1499 n'est opposable qu'à l'égard des tiers et les deux époux ont indistinctement la faculté de prouver l'un à l'égard de l'autre la consistance de leur mobilier par d'autres moyens de preuve. Cette opinion a été adoptée par la généralité des Cours d'appel de France et a été consacrée par différents arrêts de la Cour de cassation de Paris (Bordeaux, 2e ch., 19 février 1856, Pandectes chronologiques, IIIe vol., 2e partie, p. 160; Cass. req. 30 juillet 1878, op. cit. tome V, Ire part., p. 86; Cass. req. 16 janvier 1877, op. cit. t. V, Ire part., p. 293; Cass. req. 14 mars 1877, même vol., Ire part., p. 308). Dans son arrêt du 29 décembre 1902 (Pandectes françaises périodiquos 1905, Ire part., p. 260), la Cour de cassation civile s'exprime ainsi:

„Attendu que si la disposition de l'art. 1499 doit „recevoir son application littérale et rigoureuse à l'égard „des créanciers, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit „de déterminer entre les époux l'existence de leurs „propres mobiliers à l'époque du mariage; que la loi „n'a pas entendu établir dans ce cas une présomption „juris et de jure et leur interdire de suppléer au défaut „d'inventaire ou d'état en bonne forme par d'autres „preuves dont l'appréciation appartient aux tribunaux."

Digitized by Google

Cet arrêt confirme définitivement une jurisprudence constante dont il n'y a pas lieu de s'écarter.

2. Suivant une opinion dominante la déclaration faite dans le contrat de mariage de la valeur du mobilier apporté par les époux autorise ceux-ci à reprendre la somme à laquelle le mobilier a été évalué (Rodière & Pont, op. cit., 2e éd., t. II, N° 1272; Aubry & Rau, 4e éd., t. V, § 522, note 15, p. 451; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois & Surville, Traité sur le contrat de mariage, t. II, N° 1311). Mais il ne saurait y avoir de doutes lorsque l'apport des effets mobiliers estimés d'un des époux a été reconnu par son conjoint dans le contrat de mariage. Madame Donzelot a reconnu dans son contrat que les biens apportés par son mari consistaient en diverses créances du montant total de fr. 30,500.— et en une somme d'argent de fr. 3100.—. Cette reconnaissance, constatée par acte authentique fait preuve complète de la consistance des apports du mari. La pratique du notariat a toujours reconnu la validité incontestable de pareille reconnaissance d'apports.

„L'art. 1499 c. c. fr. répute acquêt le mobilier „existant lors du mariage, s'il n'a pas été constaté par „un inventaire ou un état en bonne forme. Cette dis„position ne s'applique qu'au cas où le contrat de ma„riage garde le silence sur la consistance du mobilier „actuel des époux. Mais si le contrat indique que chaque „époux possède telle valeur en objets mobiliers, argent „ou créances, l'apport est suffisamment justifié, sans qu'il „soit besoin d'un état ou d'un inventaire et c'est ainsi „qu'on procède toujours dans l'usage. L'état détaillé „ne serait utile que pour conserver à chaque époux et „particulièrement à la femme le droit de reprendre en „nature les objets apportés en mariage." (Clerc, Dalloz & Vergé, Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat, 6e éd., p. 416.)

Cette opinion est confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 mai 1853 (Dalloz, Rec. périodique 1855, 2, 68) qui dit: „En tout cas la décla„ration de l'apport du mari, faite par contrat de ma„riage sous le régime de la communauté réduite aux „acquêts fixe définitivement à l'égard de la femme qui „accepte cette déclaration, la valeur de cet apport."

La reconnaissance par Madame Donzelot des ap-

Digitized by Google

ports de son mari faisant foi, il était inutile d'établir en outre la consistance des apports par l'audition de témoins et par la production d'autres titres. Le tribunal de première instance a admis que la preuve de la consistance des apports du mari avait été donnée par Madame Donzelot dans son contrat de mariage; au vu de ce qui précède, il est inutile de vérifier ces moyens supplémentaires.

Il y a donc lieu d'admettre que les apports de François Donzelot ascendaient bien à fr. 33,600.— en créances et numéraire dont on doit déduire toutefois la perte subie sur la créance Brossard.

3. La seconde question à examiner est celle de savoir si les reprises dont question ci-dessus doivent être réduites de la somme que le mari a perdue dans la liquidation de la faillite d'Albert Husson.

A l'appui de ses conclusions, Madame Donzelot dit que son mari avait confié au notaire Albert Husson, pour être placée, une somme de fr. 18,000.—, exactement fr. 17,395.—, d'après l'expert. Le notaire Husson a fait quelques placements, mais paraît en avoir reçu le remboursement dans la suite.

François Donzelot a été admis créancier dans la faillite d'Albert Husson pour fr. 13,367. 40 et son mandataire M^e^ Cuenin, avocat, a touché des dividendes dont il doit être tenu compte dans la liquidation.

Madame Donzelot reproche à son mari défunt d'avoir négligé de réclamer à Husson, notaire, les titres des placements que ce dernier était chargé de faire et de vérifier si ces placements avaient été opérés. La communauté d'acquêt, dit-elle, ne doit pas souffrir les pertes occasionnées par l'incurie et la négligence du mari. D'après son raisonnement, la succession du mari devrait indemniser la communauté conjugale des pertes éprouvées par cette dernière dans la faillite Husson.

Il est incontestable que les fonds confiés au notaire Husson appartenaient à la communauté, soit qu'ils fussent le produit de l'industrie des époux Donzelot ou des intérêts de leurs créances propres, soit qu'ils provinssent de la réalisation des capitaux ou de la vente des marchandises ou des immeubles apportés en mariage par les époux Donzelot; dans ce dernier cas, l'argent réalisé n'entrait en communauté qu'à charge de récompense.

Digitized by Google

Mais le mari ne peut en aucune façon être rendu responsable de sa gestion des biens de la communauté. D'après l'article 1421 c. c. fr. le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, les aliéner, les hypothéquer, sans le concours de la femme; il oblige la communauté par ses contrats ou quasi-contrats et même par ses délits ou quasi-délits. Le mari peut donc ruiner la communauté par une gestion coupable ou inintelligente. Il n'est même pas tenu de rendre compte des valeurs qu'il dissipe, il ne doit de ce chef aucune récompence (Baudry-Lacantinerie, 8e éd., op. cit. vol. III, Nv 114). Il ne serait tenu d'indemniser la communauté qu'à raison de dettes contractées dans son intérêt personnel ou à raison d'aliénations frauduleuses, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Madame Donzelot prétend que son mari a reconnu l'obligation d'indemniser la communauté dans la déclaration qu'il a écrite et signée de sa main à la suite de l'expédition de son contrat de mariage. Cette déclaration a la teneur suivante:

„Lors de mon mariage, comme en fait mention le „présent contrat, je possédais fr. 34,500.—. Le 10 oc„tobre 1899, j'ai perdu fr. 17,000.—, placés chez Me „Husson, notaire, fils, somme à déduire des fr. 34,500.—, „mon avoir est donc aujourd'hui de fr. 17,500.—. Dam„vant le 13 octobre 1899. sig. F. Donzelot."

Par cette adjonction à son contrat de mariage, François Donzelot entendait supporter à lui tout seul la perte de fr. 17,000.— que lui avait fait subir le notaire Husson, perte qui, en vertu de son contrat de mariage, était à la charge de la communauté; il avantageait ainsi indirectement sa femme qui, à raison de sa qualité de commune en biens, aurait eu à supporter la moitié de cette perte.

Cette disposition porte sans contredit atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales consacré par l'art. 1395 c. c. fr. qui stipule qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Il n'est pas contestable qu'une convention tendant simplement à modifier quelques-unes des conséquences légales du régime établi serait inefficace, disent Baudry-Lacantinerie, Lecourtois & Surville dans leur contrat de mariage, 2e éd., I, No 91, p. 88.

Digitized by Google

François Donzelot a évidemment apporté un changement à son contrat de mariage en stipulant le 13 octobre 1899 qu'il entendait prendre à sa seule charge une dette de communauté. Après la célébration du mariage, des époux qui ont adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts, ne sauraient sans briser leur contrat de mariage convenir que telle dette commune sera à la charge exclusive de l'un ou de l'autre époux; a fortiori, un des conjoints ne saurait-il, par une déclaration unilatérale, déroger aux principes fixés dans son contrat de mariage. Pareille dérogation est nulle et de nul effet (Baudry-Lacantinerie, Lecourtois & Surville op. cit. N° 89; Aubry & Rau, 4e éd., T. V, § 503 bis, texte et note 8, p. 254). Cette disposition prohibitive de l'art. 1395 est d'ordre public.

La volonté de la loi lorsqu'elle a garanti la fixité des conventions matrimoniales a été d'assurer la paix intérieure des familles et leurs droits acquis en fermant toute espérance et toute attente de modifications ultérieures et en ne permettant pas de livrer aux discussions et à l'incertitude des volontés réciproques, les conditions solennellement arrêtées, sur la foi desquelles le mariage a été contracté (civ. req. 11 janvier 1853, D. P. 53 I, 17).

La modification apportée par Fr. Donzelot pourrait être aussi envisagée comme une réduction volontaire du montant de ses apports de fr. 34,500.— à fr. 17,500.—; mais de quelque manière qu'on l'envisage, cette modification est nulle.

Fr. Donzelot avait un moyen pour rendre sa femme indemne de la perte de fr. 17,000.— éprouvée par la communauté dans la faillite Husson: c'était de lui léguer par testament ou de lui donner par donation entre-vifs, toujours révocable (art. 1096 c. c. fr.), une somme de fr. 8,500.— (Aubry & Rau, loc. cit. note 28).

Digitized by Google

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

6. Dem Anzeiger kommen keine Parteirechte zu, erst wenn er adhäsionsweise einen privatrechtlichen Anspruch geltend macht, wird er Prozesspartei. Der Anzeiger darf nicht als unterlegene Prozesspartei behandelt werden. Gegen ein Urteil, welches den Anzeiger irrtümlicherweise als unterlegene Prozesspartei behandelt und zu den Kosten verurteilt hat, steht dem Anzeiger kein Rechtsmittel zu.

Polizeikammer, i. S. *G. Christen*, wegen Misshandlung, 24. April 1907.

Entscheidungsgründe:

„I. Das Urteil des Polizeirichters von Burgdorf vom 9. März 1906 unterliegt der Ueberprüfung durch die Rekursinstanz nur insoweit, als Fürsprecher Leuenberger gemäss Art. 368 St. V. zu den Kosten des Angeschuldigten Gottfried Christen und des Staates verurteilt wurde, da dasselbe einzig durch den Kläger Leuenberger angefochten ist.

II. Tatbeständlich ist den Akten zu entnehmen: Am 21. März 1905 reichte Fürsprecher Leuenberger gegen Fürsprecher Christen beim Regierungsstatthalteramt Burgdorf eine Strafanzeige wegen Misshandlung ein. In derselben stellte er das Gesuch, „die Anzeige sei dem Richter zu überweisen, mit dem Auftrage, gegen Christen die Strafuntersuchung wegen Misshandlung einzuleiten und durchzuführen. *Die Zivilanträge werden später gestellt werden.*“ Aus den Protokollen der Hauptverhandlung vom 31. Oktober 1905, 19. Dezember 1905, 16. Februar 1906 und 9. März 1906 ergibt sich nicht, dass sich Leuenberger gegenüber Christen als Zivilpartei gestellt hätte, das letztgenannte Protokoll enthält im Gegenteil die Angaben: *Der Kläger Leuenberger stellt sich nicht als Zivilpartei* und stellt bloss die Anträge, es sei Christen wegen Misshandluug schuldig zu erklären und nach Gesetz zu bestrafen und zu den Kosten zu verurteilen.

Andererseits aber geht aus den Akten hervor, dass Fürsprecher Leuenberger von den der Zivilpartei zustehenden Parteirechten in reichem Masse Gebrauch gemacht hat. Schon in der ersten Hauptverhandlung

Digitized by Google

stellte Leuenberger als Kläger vorfragsweise das Begehren, der Gerichtspräsident von Burgdorf sei in der vorliegenden Strafsache zu verwerfen, in der Hauptverhandlung vom 19. Dezember 1905 stellte er wiederum ein Vorfragsbegehren und reichte ein „Kosten- und Entschädigungsverzeichnis" ein. Im weitern Verlaufe der Verhandlungen richtete Fürsprecher Leuenberger wiederholt Erläuterungsfragen an Zeugen, verlangte die Beeidigung von Zeugen, sowie weitere Massnahmen und stellte endlich den oben erwähnten Antrag.

Der Vorderrichter hielt sich nun für berechtigt, den Kläger Leuenberger gemäss Art. 368 St. V. zu den Kosten des Staates und des Angeschuldigten zu verurteilen, gestützt auf folgende Ueberlegung: es sei zwar richtig, dass der Kläger Leuenberger sich nie förmlich als Zivilpartei konstituiert und auch keine Zivilanträge gestellt habe. Dagegen habe er während der ganzen Verhandlung Parteirechte ausgeübt und dadurch implicite seinen Willen, als Partei behandelt zu werden, dokumentiert. Leuenberger sei demnach auch als Zivilpartei zu behandeln und, da der Angeschuldigte freigesprochen worden und ein Antragsdelikt eingeklagt ist, gemäss Art. 368 St. V. zu den Kosten des Staates und des Angeschuldigten zu verurteilen.

Am 17./19. März 1906 reichte nun Fürsprecher Leuenberger gegen das erwähnte Urteil ein „Kassationsgesuch, bezw. Nichtigkeitsklage, bezw. Appellation, sowie bezw. Rekurs an die Anklagekammer" ein.

III. 1. Es steht fest, dass Fürsprecher Leuenberger zur Zeit des erstinstanzlichen Urteils nicht Prozesspartei war, da er sich nie als Zivilpartei gestellt hat und dem Anzeiger, wie die Polizeikammer schon vielfach erkannt hat, keine Parteirechte zukommen, abgesehen von dem ihm nach der Praxis zustehenden Appellationsrechte gegen die Haftbarerklärung für Kosten und Entschädigungen, gemäss Art. 367 St. V. Erst wenn der Anzeiger adhäsionsweise einen *privatrechtlichen Anspruch* geltend macht, wird er Zivilkläger und damit *Prozesspartei*. Nur soweit er zugleich Zivilkläger ist, kann der Anzeiger vor Gericht z. B. Beweisanträge stellen oder plaidieren. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Lurati und Schneeberger vom 22. Dezember 1906, i. S. Born, vom 21. Januar 1907.) Der Polizeirichter von Burg-

Digitized by Google

dorf hätte demnach den Anzeiger Leuenberger niemals zum Vortrage zulassen sollen. Leuenberger war nicht berechtigt, sich am Verfahren gegen den angeschuldigten Christen als Partei zu beteiligen, seine Anträge sind als ungeschehen zu betrachten. Die Verurteilung des Anzeigers Leuenberger zu den Kosten des Staates und des Angeschuldigten ist eine durchaus irrtümliche, der Anzeiger darf niemals als unterlegene Prozesspartei behandelt werden.

2. Fürsprecher Leuenberger hält sich nun für berechtigt, das Urteil des Polizeirichters von Burgdorf anzufechten.

Nach Ansicht der Polizeikammer kann aber nur derjenige ein Urteil anfechten, der durch dasselbe in den ihm als *Partei* zukommenden Rechten prozessualer oder materiell rechtlicher Natur verletzt worden ist. Im vorliegenden Falle war aber Fürsprecher Leuenberger nicht berechtigt, vor Gericht als Partei aufzutreten und von den der Zivilpartei zustehenden Rechten Gebrauch zu machen. Er ist demnach auch nicht in der Lage, gegen das erstinstanzliche Urteil ein Rechtsmittel, als das einer *Partei* zustehende Anfechtungsmittel gegen Urteile einzulegen.

Aus diesen Gründen ist die Rekursinstanz nicht in der Lage, auf die von Fürsprecher Leuenberger eingelegten Rechtsmittel einzutreten. Es wird ihm das Forum der Polizeikammer von Amtes wegen verschlossen."

7. Usage non autorisé de la force (Art. 96 c. p.).

Chambre de police, arrêt du 27 avril 1907, dans la cause Henri Post.

Extrait des considérants:

„...Il reste à examiner si les faits reprochés au prévenu constituent le délit d'usage non autorisé de la force. On a vu que le prévenu a requis des poursuites contre le plaignant pour le loyer échu et à échoir, qu'il a fait dresser inventaire des objets sur lesquels portait son droit de rétention, qu'en un mot il s'est assuré le recouvrement de sa créance par tous les moyens que la loi mettait à sa disposition. Il n'a cadenassé la porte qu'après que ces droits furent garantis. Par ce fait il a simplement empêché le plaignant d'enlever les objets

Digitized by Google

garnissant les lieux loués; il n'est pas allé au-delà des droits que lui assurait la prise d'inventaire, il ne s'est arrogé aucun droit de propriété sur ces objets et n'a pas assuré son droit de rétention, puisqu'il l'était déjà, par des moyens légaux. On ne saurait donc dire que le prévenu a fait valoir des droits, de son propre chef, sans avoir recours à l'assistance de l'autorité et qu'il s'est rendu coupable d'usage non autorisé de la force. Tout ce que l'on pourrait lui reprocher, c'est peut-être de ne pas avoir satisfait à ses obligations de bailleur, en troublant la jouissance de son locataire; mais il s'agirait alors d'un trouble de possession d'une nature purement civile ne tombant pas sous le coup de l'art. 96 c. p.

Si, abstracion faite des considérations qui précèdent, ou prétendait que le prévenu, en fermant la porte de l'atelier de façon que le plaignant ne puisse y entrer, pouvait faire valoir un droit, il n'y aurait jamais, dans les faits qui lui sont imputés qu'un commencement d'exécution, car ce n'est qu'en persistant à maintenir cette porte fermée qu'il aurait pu réaliser son droit. Or, on sait, d'après les témoignages de Jaussi et de Mœschler, que le prévenu a ouvert à première réquisition. Point n'est besoin même d'examiner si le prévenu s'est arrêté spontanément dans son entreprise ou si l'exécution du délit n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de sa volonté. En effet, à teneur de l'art. 33 c. p. les tentatives de délits ne sont punissables que dans les cas spécialement prévus par la loi. L'usage non autorisé de la force est un délit, dont la tentative n'est pas prévue par le code et n'est dès lors pas punissable."

8. Kommen gleichzeitig mehrere mit Busse bedrohte Handlungen desselben Angeschuldigten zur Beurteilung, so können für die Frage der Appellabilität die Bussen *nicht* zusammengerechnet werden.

Polizeikammer, i. S. Karl Urfer, wegen Widerhandlung gegen das Stempelgesetz, vom 1. Mai 1907. (Forumverschluss).

Aus den Entscheidungsgründen:

„Karl Urfer ist angeschuldigt der Widerhandlung gegen das Stempelgesetz, begangen dadurch, dass er in

Digitized by Google

Wirtschaftslokalitäten eine grössere Anzahl von Reklamebroschüren — nach der Anzeige 28 Stück in Tägertschi und 7 Stück in Münsingen — auflegte, ohne dieselben vorschriftsgemäss zu stempeln.

Nach § 7 des Stempelgesetzes werden die Widerhandlungen gegen dieses Gesetz mit einer Busse, welche den zehnfachen Betrag der Stempelgebühr, jedoch nie weniger als 10 Franken, beträgt, bestraft. Die Stempelabgabe für Ankündigungen, mit denen ein Erwerb bezweckt wird und welche in öffentlichen Lokalen aufgelegt werden, beträgt nun nach § 3 Ziff. II litt. b des Stempelgesetzes zehn Rappen.

Nach der durch die Appellation der Staatsanwaltschaft geschaffenen Prozesslage können nur 7 Widerhandlungen in Betracht fallen.

Auch wenn man annehmen würde, dass für jede Widerhandlung eine Busse von zehn Franken auszusprechen wäre, so ist die in Art. 449 St. V. vorgesehene Appellationslimite dennoch nicht erreicht. Art. 449 bestimmt, dass gegen jedes Urteil des Polizeirichters appelliert werden könne, wenn das Maximum der durch das Gesetz angedrohten Strafe fünfzig Franken Busse oder acht Tage Gefangenschaft übersteigt. Für die Appellabilität ist nicht der Gesamtbetrag der verschiedenen auszusprechenden Bussen, sondern das Maximum der durch das Gesetz auf jede der eingeklagten Widerhandlungen angedrohten Busse entscheidend. Eine Zusammenrechnung der mehreren auszusprechenden Bussen für die Entscheidung der Frage der Appellabilität ist unzulässig. Es muss jede einzelne Widerhandlung auf die Appellabilität untersucht werden.

Es fehlt der Appellation der Staatsanwaltschaft an einer wesentlichen materiellen Voraussetzung des eingelegten Rechtsmittels. Die Rekursinstanz ist deshalb nicht in der Lage das Urteil des Polizeirichters von Konolfingen zu überprüfen."

9. ***Art. 3 Al. 3 St. V.*** **Ausnahme von dem in dieser Bestimmung aufgestellten Grundsatz, dass die Civilklage, wenn sie einmal in Verbindung mit der öffentlichen Klage bei dem Strafrichter anhängig gemacht worden ist, nicht mehr vor die Civilgerichte gebracht werden kann.**

Polizeikammer, i. S. Alfred Gugger, wegen Misshandlung, vom 15. Mai 1907.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen:

„I. Das Urteil des korrektionellen Richters von Erlach vom 18. Dezember 1906 ist nicht im ganzen Umfange zu überprüfen. Es ist einzig von der Civilpartei Friedrich Gugger angefochten, und ist somit, was die Strafklage anbelangt, bereits in Rechtskraft erwachsen.

II. Der Vorderrichter befreite den Angeschuldigten von der Anklage, indem er annahm, dass das prozessuale Klagrecht durch ein rechtskräftiges Endurteil erloschen sei. Mit dem Verbrauch des prozessualen Klagrechtes ist aber das gegen den Angeschuldigten eingeleitete Strafverfahren dahingefallen. Der Civilkläger ist daher nicht in der Lage, seinen Entschädigungsanspruch *adhäsionsweise* in Verbindung mit der öffentlichen Klage vor dem *Strafrichter* geltend zu machen. Die Rekursinstanz kann somit auf die Appellation der Civilpartei Friedrich Gugger nicht eintreten."

10. Bundesgesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden vom 24. Juni 1892. — Auslegung des Art. 1. Was sind „Geschäftsleute" im Sinne des Patenttaxengesetzes? Eine öffentliche Verwaltung oder ein Beamter gehören nicht zu den Geschäftsleuten.

Polizeikammer, i. S. Georg Hamberger, vom 22. Mai 1907.

Entscheidungsgründe:

„I. Der Angeschuldigte giebt zu, am 21. November 1906 in Huttwyl auf der Gemeindeschreiberei und bei der Verwaltung der Langenthal-Huttwyl-Bahn Unterhandlungen zwecks Verkaufs von Schreibmaschinen gepflogen zu haben, ohne im Besitz einer roten Taxkarte gewesen zu sein. Er bestreitet aber, sich damit einer Widerhandlung gegen das Bundesgesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden schuldig gemacht zu haben, indem er annimmt, dass er nicht mit Privatleuten, sondern mit Geschäftsleuten, welche den angebotenen Handelsartikel in ihrem Gewerbe verwenden, in Verkehr getreten sei.

II. Die Polizeikammer kann sich mit dem Vorderrichter der Auffassung des Angeschuldigten nicht anschliessen.

Nach den Bestimmungen der Art. 1 u. 2 des zitierten Bundesgesetzes können Handelsreisende im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft mit oder ohne Muster Be-

Digitized by Google

stellungen aufnehmen, ohne dafür eine Taxe entrichten zu müssen, wenn sie für Rechnung eines inländischen Hauses reisen und dabei ausschliesslich mit *Geschäftsleuten* in Verkehr treten, die den betr. Handelsartikel wieder verkaufen oder *in ihrem Gewerbe verwenden*, während alle andern Handelsreisenden inländischer Häuser eine jährliche Taxe von Fr. 150 oder eine halbjährliche von Fr. 100 zu entrichten haben.

Es darf nun ohne Bedenken die Eisenbahngesellschaft Langenthal-Huttwyl als ein gewerbliches Unternehmen im engern Sinne angesehen werden, welches eine Schreibmaschine in seinem Gewerbe zu Zwecken desselben verwendet. Der Handelsreisende, welcher der Verwaltung dieser Transportanstalt eine Schreibmaschine anbietet, die in deren Gewerbe verwendet werden soll, ist daher von der Taxe befreit.

Anders verhält es sich dagegen mit der Aufnahme von Bestellungen auf der Gemeindeschreiberei Huttwyl

Der Verkehr mit einer Gemeindeschreiberei fällt nicht unter die Bestimmungen des Art. 1 l. c. Es geht schon aus dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung *(Geschäftsleute,* welche *Handelsartikel* wiederverkaufen oder in ihrem *Gewerbe* verwenden) hervor, dass hier nur der Verkehr mit Geschäftsleuten im engern Sinne gemeint ist, in Uebereinstimmung mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch des Wortes „Geschäftsmann". Dies ergiebt sich auch aus der innern Begründetheit der Unterscheidung zwischen taxpflichtigen und nicht taxpflichtigen Aufnahmen von Bestellungen. Indem das Patenttaxengesetz in Art. 1 die Aufnahme von Bestellungen, welche bei Geschäftsleuten zum Zwecke des Weiterverkaufes oder zum Zwecke der Verwendung im Gewerbe erfolgen, unterscheidet von allen andern Bestellungen, hat es die Unterscheidung zwischen Grossreisenden und Detailreisenden statuieren wollen; als jene werden diejenigen Reisenden betrachtet, die nicht mit Privaten, sondern mit Geschäftsleuten in Verkehr treten, als Detailreisende diejenigen, die mit dem Publikum, den Privaten, direkt in Geschäftsverkehr treten (vgl. Urteil des eidg. Kassationshofes vom 13. Dezember 1907 i. S. Bundesanwaltschaft gegen Scheuermeier, Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts, amtl. Sammlung, Bd. XXVII¹ S. 527, insb. S. 530).

Digitized by Google

Eine Gemeindeschreiberei kann aber nicht unter die vom Gesetze aufgezählten zwei Kategorien von *Geschäftsleuten* gezählt werden, es handelt sich hier um kein gewerbliches Unternehmen im engern Sinne, welches die Schreibmaschine wiederverkauft oder in ihrem Gewerbe verwendet. Aus den Akten ist zwar nicht ersichtlich, ob die Maschine dem Gemeindeschreiber oder der Gemeinde Huttwyl angeboten wurde. Wäre sie dem Gemeindeschreiber angeboten worden, so wäre eine gewerbsmässige Verwendung dieses Handelsartikels hier ohne weiteres ausgeschlossen, der Gemeindeschreiber ist kein Geschäftsmann, sondern ein öffentlicher Funktionär, der die Schreibmaschine zum persönlichen Gebrauche verwenden würde. Angenommen aber auch, der Angeschuldigte wäre mit der Gemeinde Huttwyl in Kaufsunterhandlungen getreten, so könnte auch in diesem Falle nicht von einem Verkehr mit einem Geschäftsmanne gesprochen werden, denn die Gemeinde übt überhaupt kein Gewerbe im weitesten Sinne des Wortes, d. h. eine auf fortgesetzten Erwerb gerichtete Tätigkeit aus, sondern ist eine öffentliche Institution mit bestimmten Aufgaben (Ortspolizei, Vormundschaftswesen, Armenwesen, Schulwesen etc.). Nicht ausgeschlossen ist, dass die Gemeinde nebenbei ein gewerbliches Unternehmen (z. B. ein Elektrizitätswerk) betreiben kann. Dies kommt aber im vorliegenden Falle nicht in Frage, da aus den Akten keine Anhaltspunkte sich dafür ergeben, dass die Schreibmaschine speziell in einem solchen gewerblichen Unternehmen der Gemeinde Huttwyl verwendet werden sollte.

An der Auffassung des Gerichtshofes vermag die von der Verteidigung zur Unterstützung ihres Standpunktes herangezogene Entstehungsgeschichte des Patenttaxengesetzes, insbesondere des Art. 1 nichts zu ändern. Dieses Interpretationshülfsmittel kann im Gegenteil für die Auffassung der Polizeikammer angeführt werden. Der Gerichtshof weist z. B. darauf hin, dass der französische Berichterstatter im Nationalrat die Worte „in ihrem Gewerbe verwenden" dahin umschrieb, dass taxfrei sein sollen „les voyageurs en gros qui voyagent en Suisse et ne travaillent qu'avec *les commerçants* qui revendent leurs articles ou les emploient dans *leur propre commerce.*"

Es steht somit fest, dass der Angeschuldigte nicht

Digitized by Google

mit einem Geschäftsmann, sondern mit einem Privaten im Sinne des Patenttaxengesetzes in Verkehr trat, der die angebotene Ware zu seinem persönlichen Gebrauch verwenden wollte. Demnach hätte der Angeschuldigte zur Aufnahme der betreffenden Bestellung eine Ausweiskarte gegen Entrichtung der gesetzlichen Taxe lösen müssen. Durch die Unterlassung dieses Gebotes hat er sich einer Widerhandlung gegen das B. G. betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden schuldig gemacht."

Gegen dieses Urteil hat der Angeschuldigte die *Kassationsbeschwerde* an den *Kassationshof des Schweizer. Bundesgerichtes* ergriffen. Der **Kassationshof** hat aber die Kassationsbeschwerde in seinem Urteile vom 15. Juli 1907 abgewiesen, gestützt auf folgende Erwägungen:

1. Der Kassationskläger vertritt prinzipiell die Auffassung, es seien bei der Anwendung des Patenttaxengesetzes die *öffentlichen Verwaltungen* zu den „Geschäftsleuten" im Sinne von Art. 1 des Gesetzes zu zählen, und es sei die Verwendung von Schreibmaschinen im Geschäftsbetrieb der öffentlichen Verwaltungen als Verwendung „im Gewerbe" anzusehen. Er gibt zu, dass diese Behauptung auf den ersten Blick befremden möge, hält aber dafür, dass dieselbe mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes im Einklang stehe.

Indessen ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes die Haltlosigkeit des vom Rekurrenten eingenommenen Standpunktes. Es ist unverkennbar, dass der Wortlaut von Art. 1 des Bundesgesetzes Anklänge an gewisse kantonale Hausiergesetze aufweist. So lautete z. B. § 3 Ziff. 2 des Berner Gesetzes über den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen (Hausieren), vom 24. März 1878, folgendermassen:

„Unter den Begriff des Gewerbebetriebs im Umherziehen fällt.... 2. das Aufsuchen von Bestellungen bei andern als solchen Personen, welche mit dem betreffenden Artikel Handel treiben oder denselben in ihrem Gewerbe verwenden."

Der Detailreisende war also dem Hausierer gleichgestellt. Dem entsprechend sprach sich denn auch die Botschaft zum Entwurfe des Bundesgesetzes (B. Bl. 1891, III. S. 6) dahin aus, es könne zurzeit die Befreiung von jeder Taxe nur für die sogenannten Gross-Reisenden

Digitized by Google

beantragt werden; für die Reisenden dagegen, die nicht blos Gewerbeleute besuchen (sogenannte Detailreisende), müsse man sich darauf beschränken, eine in der ganzen Schweiz gültige, einheitliche Patenttaxe einzuführen.

Es wollte also der bestehende Zustand nicht geändert, sondern nur eine *einheitliche* Besteuerung der Detailreisenden statt der verschiedenen kantonalen Taxen eingeführt werden. Vergleiche auch Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts 26 I S. 343, 27 I S. 530 ff.

2. Von diesem Gesichtspunkte aus hätte es sich sogar fragen können, ob der Verkehr des Rekurrenten mit der Eisenbahnverwaltung nicht ebenfalls als taxpflichtig zu betrachten sei; denn der Verkauf der einzelnen Schreibmaschinen ist wohl *immer* als ein Detailverkauf anzusehen. Diese Frage ist indessen durch das kantonale Urteil, gegen welches nur der Verzeigte rekurriert hat, erledigt und daher nicht mehr nachzuprüfen.

Dagegen ist hier festzustellen, dass der Verkauf einer Schreibmaschine an eine öffentliche Verwaltung jedenfalls ebensowenig unter den Begriff des Engros-Verkaufs fällt, als die öffentliche Verwaltung unter den Begriff der „Geschäftsleute" des Art. 1. Auch kann zweifellos die öffentlich-rechtliche Tätigkeit einer Gemeindeverwaltung (Ortspolizei, Vormundschaftswesen, Armen- und Schulwesen) nicht als ein „Gewerbe" im Sinne von Art. 1 des Bundesgesetzes betrachtet werden Vgl. auch *Rahm*, Sammlung der Vorschriften über die Regelung des Verkehrs der schweizerischen Handelsreisenden, S. 8, wonach die kein Gewerbe betreibenden „Anstalten" u. dgl. ebenfalls den „Privaten" (im Gegensatz zu den Geschäftsleuten des Art. 1) gleichzustellen sind.

3. Diese Erwägung leitet zu dem in zweiter Linie vom Kassationskläger eingenommenen Standpunkte über. Der Kassationskläger hält nämlich dafür, dass eventuell eine Gemeindewaltung wenigstens *dann* zu den „Geschäftsleuten" zu rechnen sei, wenn die Gemeinde neben ihren öffentlich-rechtlichen Funktionen sich auch noch privatrechtlich betätigt, z. B. durch den Betrieb eines Elektrizitätswerkes. Nun gebe es aber heutzutage nur noch wenige Gemeinden, welche kein industrielles Unternehmen besitzen. Es dürfte daher angenommen werden, es befinde sich auch die hier in Frage stehende grosse Gemeinde in diesem Falle. Sei dem aber so, so habe

Digitized by Google

keine Verpflichtung für den Rekurrenten bestanden, sich darüber zu erkundigen, ob die fragliche Schreibmaschine auch wirklich in einem industriellen Nebenbetriebe und nicht etwa zu Zwecken der öffentlichen Verwaltung verwendet werde.

Demgegenüber genügt es, darauf hinzuweisen, dass aus den Akten über den Betrieb eines industriellen Unternehmens seitens der betreffenden Gemeinde nichts ersichtlich ist. Es handelt sich somit nach dem vorliegenden Tatbestande lediglich um eine öffentliche Verwaltung. Dabei ist es gleichgültig, ob die Offerte des Kassationsklägers an die *Gemeinde als solche* oder an den *Gemeindeschreiber persönlich* gerichtet war, denn nach dem Gesagten erscheint die Gemeinde im vorliegenden Falle ebensowenig als zu den „Geschäftsleuten" gehörig, wie der Gemeindeschreiber persönlich.

Justiz-Entscheide des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*, Bern.

6. Nicht der Instruktionsrichter, sondern das urteilende Gericht hat die Frage zu entscheiden, ob in der Veränderung des Wortlautes einer Rechtsschrift eine erlaubte Berichtigung einer Missschreibung oder eine verbotene Aenderung eines Parteivortrages zu erblicken sei. § 68, Al. 2 C. P.

Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, 4. Juni 1907, Beschwerdesache des *J. Heuer*.

Entscheidungsgründe:

„1. § 68 C. P. setzt das Verbot der Veränderung der Parteivorträge fest. Dagegen gestattet er „Minderung" der Anbringen und Schlüsse, sowie „Verbesserung" von Missschreibungen und Missrechnungen.

Durch seine Stellung in Titel IV des C. P. ist ohne weiteres gesagt, dass er als ein *allgemeiner* Grundsatz des gerichtlichen Verfahrens anzusehen ist und nicht nur für dieses oder jenes besondere Prozessverfahren Anwendung zu finden hat.

2. Im vorliegenden Fall hat nun der Kläger tatsächlich von Alinea 2 des § 68 Gebrauch gemacht und

Digitized by Google

unter dem Titel „Missschreibung“ den Inhalt des Art. 4 der Klage in der Replik anders gefasst.

Der Beklagte bestreitet, dass dies richtig sei, indem er geltend macht, dass damit keineswegs die Berichtigung einer Missschreibung, sondern die Veränderung des Klagefundaments bezweckt worden sei. Diese Frage zu lösen ist aber zweifelsohne nur das urteilende Gericht kompetent, indem dieses gemäss § 281 C. P. seinem Urteile keine Tatsache zu Grunde legen darf, die nicht von den Parteien angeführt und als zugestanden oder als überwiesen zu betrachten ist. Ihm muss daher auch die Feststellung des Wortlautes der Tatsachen, wie er von den Parteien angebracht wurde, überlassen bleiben und somit auch die Beurteilung der Frage, ob eine Missschreibung oder eine verbotene Aenderung eines Parteivortrages vorliegt.

An und für sich kann natürlich eine Partei ihre Vorkehren gestalten, wie sie es für gut findet; sie hat aber die aus einer allfälligen Uebertretung eines prozessualen Verbotes eintretenden Folgen selbst zu tragen.

3. Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, dass es einmal nicht Sache des Instruktionsrichters sein kann, daherige Verfügungen zu treffen (vgl. hiezu auch Monatsbl. 12, pag. 282) und sodann, dass die Lösung dieser Fragen folgerichtig auch nicht einen Bestandteil der Verhandlung über den Beweisentscheid bilden kann.

Indem der Richter dem vom Kläger gestellten Rektifikationsantrag in der Form einer prozessleitenden Verfügung entsprach, hat er sonach einer Funktion des urteilenden Gerichtes vorgegriffen und sich dadurch einer Formverletzung schuldig gemacht.“

7. Das Exequatur zu gunsten eines deutschen Civilurteiles wird nicht erteilt, wenn die Zuständigkeit des urteilenden Gerichtes zweifelhaft ist und ausserdem nicht feststeht, dass das Urteil dem Beklagten in gesetzlicher Weise eröffnet worden ist.

Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, 5. Juni 1907, Exequaturgesuch des *K. H. Schmidt*.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Gemäss konstanter Praxis des Appellations- und Kassationshofes (vgl. Zeitschr. XXVI, 409, Monatsbl. VI

Digitized by Google

172, VIII 140, XIII 326, XV 10, Pillichody N° 4584) wird das Exequatur erteilt, wenn vor allem die Zuständigkeit des urteilenden Gerichtes ausser Zweifel steht.

Vorliegend haben wir es mit einem Contumazialurteil zu tun. Nach den Akten ist nun aber durchaus nicht festgestellt, dass das Grossherzogliche Amtsgericht Emmendingen zur Ausfällung dieses Urteils wirklich kompetent war. Es hätte dazu doch vor allem aus des Nachweises bedurft, dass z. Z. der Urteilsfällung das letzte wirkliche Domizil des Impetraten *Denzlingen*. gewesen sei und derselbe damals kein anderes Domizil gehabt habe.

Nach dem den Akten beigehefteten „Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluss" des kaiserlichen Amtsgerichts Hüningen und den darauf befindlichen Verbalien ist gegenteils die Möglichkeit offen, dass das Domizil des Impetraten schon z. Z. der Urteilsfällung *Basel* war. Die Zuständigkeit des Amtsgerichtes Emmendingen ist daher nicht als zweifellos zu betrachten.

2. Eine weitere Voraussetzung für die Erteilung des Exequaturs für ein ausländisches Urteil ist aber auch, dass die Eröffnung des letztern in gesetzlicher Form stattgefunden habe. Aus dem beigelegten Urteilsauszug d. d. 8. Juni 1903 ergibt sich zwar allerdings, dass der Klägerschaft die öffentliche Zustellung des Urteils gemäss § 203 ff. der deutschen C. P. O. bewilligt worden ist. Dass dieselbe aber auch wirklich erfolgt sei, ergibt sich weder aus diesem noch aus irgend einem andern Aktenstücke (vgl. Zeitschr. XXVI, 191 und 253, Monatsblt. III, 40 und XV, 10, Pillichody N° 4599)."

8. Die Frage, ob der Kläger berechtigt sei, in einer Regressklage die Prozesskosten des Hauptprozesses bei der Berechnung des Schadensbetrages mit zu berücksichtigen, ist vom urteilenden Gericht zu entscheiden.

Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, 15. Juni 1907. Beschwerde des *Th. Sourbeck*.

Entscheidungsgründe:

„Das prinzipale Rechtsbegehren des Beschwerdeführers Sourbeck in seinem Prozesse gegen die Arbeiterunion geht dahin, es sei die Arbeiterunion Bern für den ihm durch Moor verursachten Schaden haftbar zu er-

Digitized by Google

klären; von den Kosten des Prozesses gegen Moor spricht es nicht. In seiner Klagsbegründung dagegen macht Sourbeck allerdings — sei es mit Recht oder Unrecht — geltend, dass der Schaden, für den er die Gegenpartei haftbar machen wolle, sich aus zwei Faktoren zusammensetze, nämlich aus der Entschädigung einerseits und dem ihm zugesprochenen Kostenbetrag andererseits. Bei dieser Sachlage muss dem Beschwerdeführer darin beigepflichtet werden, dass er eine Regressklage gegen die regresspflichtige Partei geltend macht, für einen Schaden, worin die Kosten des Prozesses gegen Moor mit inbegriffen sind, ein Schaden, der sich nach Mitgabe des Urteiles des Appellations- und Kassationshofes vom 12. September 1906 auf Fr. 500. — (100 + 400) beläuft. Die Frage, ob der Kläger berechtigt ist, die Prozesskosten bei der Berechnung des Schadensbetrages mit zu berücksichtigen, ist nun aber eine Frage, die vom urteilenden Gerichte zu lösen ist und infolgedessen nicht Gegenstand einer prozessleitenden Verfügung des Instruktionsrichters bilden darf. Es steht somit fest, dass Sourbeck in seinem prinzipalen Begehren Verurteilung der Beklagten zu einem Fr. 400. — übersteigenden Hauptbetrag verlangte, weshalb es sich um einen appellabeln Prozess handelt, der im ordentlichen Verfahren instruiert werden muss, denn es ist — wie gesagt — nicht Sache des Instruktionsrichters, zu erklären, dass ein Teil des eingeklagten Schadensbetrages sich in Wirklichkeit als eine Kostenforderung darstelle.

Auch kann es keinem Zweifel unterliegen, dass es sich hiebei um zwei zusammenhängende Klagepunkte handelt, die beide auf dem nämlichen Rechtsgrunde beruhen — dem Urteile vom 12. September 1906 — und gemeinschaftlich vorgebracht worden sind, so dass zum Zwecke der Bestimmung des zuständigen Gerichts und des einzuschlagenden Verfahrens eine Zusammenrechnung ihrer Werte zu erfolgen hat.

Aus diesen Gründen und in spezieller Anwendung des § 126 P. muss somit die Beschwerde des Theodor Sourbeck als begründet erklärt werden.

Anders läge die Sache allerdings, wenn der Kläger verlangt hätte, dass die Arbeiterunion für den ihm durch Moor verursachten Schaden *und* für die Kosten des Prozesses gegen Moor haftbar erklärt werde, denn in

Digitized by Google

diesem Falla würde die Entschädigung von Fr. 100. — als Hauptsache und würden die Kosten von Fr. 400. — als Accessorium sich darstellen, das nach § 126 Alin. 1 P. bei der Berechnung des Streitwertes nicht zu berücksichtigen wäre (vgl. Rheinwald ad Art. 127, S. 165, und Urteil i. S. Weber von 1896, Monatsblatt Bd. 13, S. 428).“

9. Auf dem Beschwerdewege kann die Rektifikation eines Verhandlungsprotokolles in einer Civilstreitsache nicht verlangt werden. § 110 C. P.

Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, 19. Juni 1907, Beschwerdesache des *A. Grünig* und Mithafte.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Gemäss § 110 C. P. soll das Protokoll über die Verhandlung während der Gerichtssitzung und in Gegenwart der Parteien niedergeschrieben werden Nach beendigter Verhandlung sodann soll der Gerichtsschreiber den beteiligten Personen das Protokoll zur Gutheissung vorlesen und diesen Umstand, unter Aufnahme ihrer allfälligen Bemerkungen schliesslich gleichfalls protokollieren.

Mit Rücksicht auf diese zwingende Gesetzesvorschrift kann ein Verfahren, wie es in der Beschwerde behauptet und sogar als üblich bezeichnet wird, jedenfalls nur *insoweit* gebilligt werden, als es *Pflicht* der Parteien ist, solange anwesend zu sein, bis das Protokoll niedergeschrieben ist, erfolge dies nun während des mündlichen Vortrages oder an Hand von eingereichten schriftlichen Notizen. Andernfalls würde die Bestimmung, dass das Protokoll in Gegenwart der Parteien niedergeschrieben werden *soll*, zu einer leeren Formel.

Der Appellations- und Kassationshof hat, gestützt auf die vorerwähnten Gesetzesbestimmungen, denn auch schon zu verschiedenen Malen ausgesprochen, dass Einwendungen gegen die Richtigkeit des Verhandlungsprotokolls am betreffenden Termin selbst anzubringen seien und dass infolgedessen eine Rektifikation des Verhandlungsprotokolles auf dem Beschwerdeweg nicht verlangt werden könne (vgl. Zeitschr. XXXVI, pag. 574, i. S. Zanella, XXXVII, pag. 326, i. S. Moriaud & Cie.

Wenn die Beschwerdekläger daher den Abschluss

Digitized by Google

des Protokolles nicht abgewartet, oder versäumt haben, im Termin selbst ihre sachbezüglichen Einwendungen dagegen zu machen, so taten sie es auf ihr Risiko hin und haben sich die daraus resultierenden Folgen selbst zuzuschreiben."

Bernische Administrativjustiz-Entscheide aus dem Jahre 1907.

Referent: Notar *J. Fellmann*, Bern.

7. *Administrativprozess.* **Zur Weiterziehung eines Verwaltungsentscheides im Sinne des § 59 des Gemeindegesetzes genügt die innerhalb nützlicher Frist abgegebene Erklärung, dass der Entscheid weitergezogen werde. Die Einreichung einer begründeten Rekursschrift ist kein notwendiges Erfordernis.**

(Regierungsrat, 2. März 1907, in S. *Monnè* und Mithafte.)

8. *Publizität der amtlichen Güterverzeichnisse.* **Die Amtsschaffner als Vertreter der fiskalischen Interessen des Staates haben das Recht, in die in ihrem Bezirk vollführten amtlichen Güterverzeichnisse Einsicht zu nehmen.**

(Justizdirektion an die Amtsschreiberei Burgdorf, 16. August 1907.)

9. *Handelsregister.* **Der Handelsregisterführer hat die nicht hinlänglich abgeklärte Frage, ob ein bernischer Notar zwecks Gründung einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern die in Art. 615 und 618 O. R. vorgeschriebenen öffentlichen Urkunden stipulieren könne, sofern die konstituierende General-Versammlung ausserhalb des Kantons stattfindet, nicht zu prüfen. Bedenken dieser Art bilden keinen genügenden Grund zur Ablehnung der Eintragung.**

(Justizdirektion an das Regierungsstatthalteramt Aarwangen 16. Oktober 1907.)

Anmerkung. — Eine Reihe anderer Administrativjustizentscheide, namentlich solcher, die den Administrativprozess betreffen werden im Märzheft publiziert werden.

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer* von Schauensee (Luzern).

---

2. Kassation nach § 269, Absatz 2, R. V.

Es hatten schon Professor *Andreas Heusler* in Basel in seiner Abhandlung: „Die Nichtigkeitsbeschwerde in den schweizerischen Gesetzgebungen", in Bd. 15 der Zeitschrift für schweiz. Recht, S. 103 u. folg. und *wir* in dieser Zeitschrift: „Nochmalige Bemerkungen zur Revision des Zivilrechtsverfahrens im Kanton Luzern", Bd. 20, S. 297 u. folg. auf die ungemein widerspruchsvollen Bestimmungen des luzernischen Civilrechtsverfahrens von 1850 hingewiesen. Dabei wurde geltend gemacht, dass es gesetzgeberisch durchaus verfehlt sei, mit der *Nichtigkeitsbeschwerde* bald Kassation und Rückweisung des Urteils, bald Ersetzung des Urteils durch ein anderes in der Kassationsinstanz verfolgen zu lassen. Wir verlangten Streichung der s. g. ausserordentlichen Kassation als einer verschleierten Appellation und Ausdehnung der Appellation auf solche ausserordentliche Fälle.

Bei der Revision von 1895 wurden aber unsere Bemerkungen vollständig ignoriert und die Kassation noch viel begriffswidriger und verworrener reguliert als im Gesetz von 1850.

In ganz merkwürdiger Weise hat aber § 269 in seinem 2. Absatz die Bestimmung neu aufgenommen: Stützt sich das Kassationsgesuch dagegen auf § 262, Ziffer 2 („wenn der Richter einer Partei ein gesetzliches Beweismittel verweigert hat"), so wird es den verweigerten Beweis von sich aus oder durch die erste Instanz nachholen *und nachher in der Hauptsache verhandeln lassen.* Auch hier wird, wie in den übrigen Fällen, wieder nicht zwischen heilbarer und unheilbarer Nichtigkeit unterschieden, so dass nur bei letzterer Kassation einzutreten hätte, bei der ersteren dagegen auf dem Wege der Appellation zu helfen wäre.

Nach dem strengen Wortlaut dieser Gesetzesstelle müsste demnach, auch wenn ein für die Entscheidung des Prozesses ganz *wesentlicher Beweis* vom I. Instanzrichter verweigert worden wäre, einfach dieser Beweis durch die I. Instanz ergänzt werden und dann *ohne Rück-*

Digitized by Google

weisung an die I. Instanz zur neuerlichen Beurteilung, das Urteil in der Kassationsinstanz durch ein anderes ersetzt werden. Dadurch würde aber die verfassungsrechtliche Garantie *zweier Instanzen* illusorisch gemacht und in Mehrheit dann nur *eine* Instanz über den erst vollständig gewordenen, also einzig massgebenden Tatbestand urteilen.

Dem Obergericht schien daher diese Konsequenz eine unerträgliche und es zog in wiederholten Fällen zur Interpretation des § 269, Absatz 2, C. R. V., den § 254 (*beneficium novorum*) herbei, es soll demnach auch im Fall des § 269, Absatz 2, resp. § 262, Ziffer 2, wie im Fall neuer Anbringen nach § 254 C. R. V., dem Obergericht die Alternative offen stehen, je nach *wesentlich* oder *unwesentlich veränderter Beweislage*, entweder eigentliche Kassation und Rückweisung an die I. Instanz zu nochmaliger erstinstanzlicher Beurteilung oder einfach Ersetzung des Urteils durch ein anderes in der Kassationsinstanz eintreten zu lassen. In vorliegendem Fall wurde denn auch das Urteil wirklich kassiert und im Sinne obiger Ausführungen zur Beweisergänzung und neuerlichen Beurteilung an die I. Instanz zurückgewiesen.

Das Facit unserer Erörterungen ist aber kurz folgendes: Bloss die Fälle von § 262, Ziff. 1, 3, 4 oder 8 sind *eigentliche Kassationen*, diejenigen des § 262, Ziff. 5, 6, 7 u. 9, sowie Ziff. 1, 2 u. 3 von § 263 C. R. V. enthalten blos verschleierte Appellationen, die legislatorisch viel besser dem Begriff der Appellation unterstellt würden.

Obergericht, 19. November 1907, Gottlieb *Suter* ctr. Albert *Gebistorf* u. Mith.

3. Bedeutung von Rechtsgutachten nach luzernischem Civilrechtsverfahren.

Nach § 233 C. R. V. soll das Gericht sich mit den zu beurteilenden Tatsachen aus den Akten bekannt machen, das Recht aber aus dem Gesetz, und, wo dieses schweigt, aus dem Herkommen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen schöpfen.

Mit Rücksicht auf diese Gesetzesstelle kann die Frage aufgeworfen werden, welche rechtliche Bedeutung den oft von in- und ausländischen Rechtsgelehrten eingeholten und im Laufe des Prozesses produzierten Rechts-

Digitized by Google

gutachten nach den Grundsätzen des luzernischen Prozessrechts beizumessen ist. Zum vornherein ist klar, dass solchen Rechtsgutachten nicht die Bedeutung eines *Beweismittels* zukommt, sie bilden demnach auch niemals einen integrierenden Bestandteil des Aktenmaterials. Es muss daher dem Ermessen des Gerichts I. und II. Instanz völlig anheimgegeben sein, solche Rechtsgutachten in jedem Stadium des Prozesses, sowohl gleich andern literarischen Hilfsmitteln zu berücksichtigen, als auch dieselben jeder Zeit wegzuweisen. Die Wegweisung eines solchen, einen Parteistandpunkt in rechtlicher Beziehung erörternden Rechtsgutachtens kann deshalb niemals einen Kassationsgrund nach § 262 Ziffer 2 C. R. V. bilden.

(Vgl. Obergericht 23. Mai 1893, Max. Nr. 214 und Kassationsentscheid in Sachen der *Papierfabrik Perlen A. G.* gegen den *Staat Luzern* vom 17. März 1905, Motiv 5.)

Obergericht, 20. Nov. 1907 (*Wolfisberg* ctr. *Muth*).

Aus der Rechtsprechung des soloth. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

4. Eine Kollektivgesellschaft war Wechselgläubigerin. Die Firma löste sich auf und der eine Gesellschafter übernahm Aktiven und Passiven. Nach Uebernahme des Geschäftes belangte er den Wechselschuldner. Dieser erhob Rechtsvorschlag, wurde aber im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen. Mit Unrecht bestritt der Wechselschuldner in der Aberkennungsklage die Aktivlegitimation des frühern socius, indem er behauptete, es gehe aus dem Wechsel nicht hervor, dass der Geschäftsübernehmer Wechselgläubiger geworden sei. Die Frage der wechselrechtlichen Belangbarkeit ist im Rechtsöffnungsverfahren ohne Bedeutung. Es genügt, wenn der Rechtsöffnungskläger beweist, dass die auf dem Wechsel genannte Forderung auf ihn übergegangen ist. Der Uebergang ist nicht nur durch Indossament möglich, sondern durch jede civilrechtlich giltige Uebertragung. Die Uebernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven fällt hierunter.

15. Februar 1907.

Digitized by Google

5. Der Klage eines 16jährigen Arbeiters aus einem haftpflichtigen Unfall wurde durch den Beklagten Selbstverschulden entgegengehalten. Diesem Einwand sucht der Kläger mit Berufung auf seine Jugend zu begegnen, indem er behauptet, es sei Erfahrungstatsache, dass die Einsicht in Gefahren bei jungen Leuten eine viel geringere sei, als bei erwachsenen Personen, was ohne weiteres zu berücksichtigen sei.

Die Tatsache der Jugend genügt nicht schlechthin zur Annahme eines verschiedenen Massstabes bei Bestimmung des Selbstverschuldens. Die Fabrikgesetzgebung lässt jugendliche Arbeiter zu, ohne für sie die Bestimmungen über die Haftpflicht irgendwie zu verändern. Es bedarf deshalb auch beim jugendlichen Arbeiter des Nachweises, dass die geistigen Fähigkeiten derart vermindert waren, dass die Gefährlichkeit der den Unfall verursachenden Handlung von ihm nicht erkannt werden konnte.

27. Februar 1907.

6. Es lag die Möglichkeit vor, dass die Klage eines verunfallten Arbeiters gegen seinen Arbeitsherrn wegen Selbstverschulden abgewiesen wurde. Um wenigstens eine teilweise Entschädigung beanspruchen zu können, erhob der Vertreter des Klägers die Behauptung, es treffe die Beklagtschaft ein konkurrierendes Mitverschulden. Dieses hätte darin bestehen sollen, dass Verbotsübertretungen durch Arbeiter von der Fabrikleitung öfters ungeahndet blieben.

Bewiesen ist, dass durch Arbeiter mehrmals Uebertretungen, wenn auch in erheblich kleinerem Umfang, als beim Kläger, vorgekommen sind. Allein alle diese Fälle tragen den Charakter der Heimlichkeit; sie sind von den Arbeitern bewusstermassen dann begangen worden, wenn die Organe, welche zur Führung der Aufsicht bestimmt waren, sich nicht in der Nähe aufhielten. Diese Heimlichkeit in den Uebertretungen schliesst das Mitverschulden aus. Denn es kann der Fabrikleitung nur eine übliche Aufsicht zugemutet werden.

27. Februar 1907.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **3. Heft** **März 1908**

Die Haftpflicht der Automobile.

Von Prof. Dr. *Max Gmür* in Bern.

(Schluß).

VI. Unseres Erachtens sollte in das Bundesgesetz eine Bestimmung ungefähr folgenden Inhaltes aufgenommen werden:

„Der Bund ist berechtigt, auf dem Verordnungswege eine Zwangsgenossenschaft ins Leben zu rufen, der anzugehören alle auf schweizerischem Gebiet fahrenden Halter von Automobilen verpflichtet sind. In diesem Falle kann jede Klage aus einem Automobilunfall gegen die Genossenschaft gerichtet werden. Diese hat bei nachgewiesenem Verschulden das Rückgriffsrecht."

Es sei gestattet, diesen Vorschlag kurz zu beleuchten.

1. Daß die obligatorische Versicherung gegenüber der Haftpflicht prinzipiell einen großen Fortschritt bedeutet, ist heute allgemein zugegeben. Der Gedanke einer Automobil-Zwangsgenossenschaft ist denn auch kein ganz neuer. Vielmehr wurde bereits im Jahre 1902 vom deutschen Juristentag dieser Ausweg empfohlen. Für ihn erklärt sich ferner Vorwerk, die Automobil-

Digitized by Google

haftung nach bestehendem Recht und de lege ferenda[1]), wohl das gründlichste Buch, das in dieser Materie geschrieben worden ist. Sodann ist darauf hinzuweisen, daß Deutschland wahrscheinlich über kurz oder lang sein Spezialgesetz auf diese Basis stellen wird[2]). In der Sitzung des Reichstages vom 28. April 1906 anerkannte der Vertreter des Reichsjustizamts unumwunden die großen Vorteile einer derartigen Reglierung, deren Organisation allerdings erhebliche Schwierigkeiten biete und insbesondere statistische Grundlagen voraussetze. Man darf annehmen, daß Deutschland binnen weniger Jahre eine ausreichende Statistik haben wird, an deren Resultaten auch wir profitieren können. Natürlich sollte dazu auch eine schweizerische Unfallstatistik aufgenommen werden. Will man abwarten, bis eine solche da ist, so genügt es, sofern man für die Zwangsgenossenschaft im Gesetze *den Platz offen läßt.* Uebrigens halte ich es sogar für ganz wohl möglich, die Genossenschaft *ohne langes Zuwarten,* an Hand der bereits bekannten Daten einzuführen.

2. Die verfassungsmäßige Grundlage einer Zwangsgenossenschaft aller auf schweizerischem Gebiete fahrenden Automobilisten bietet Art. 34 *bis* der Bundesverfassung. Das Vorbild geben die auf Grund des deutschen Unfallversicherungsgesetzes vom 5. Juli 1900 bestehenden, trefflich funktionierenden Unternehmer-Berufsgenossenschaften. Es genügt, wenn man im Gesetze die wichtigen Grundsätze über die Genossenschaft festlegt, wobei neben dem in unserm Vorschlag Ausgedrückten vielleicht noch etwas über die Bei-

[1]) Düsseldorf 1904.

[2]) Auch das französische Haftpflichtgesetz von 1893 ist hier anzuführen. Es sieht eine Zwangsgenossenschaft der Unternehmer vor, welche einen Fonds zu äufnen hat, aus dem bei Insolvenz des Patron etc. der Verunfallte Entschädigung erhält.

Digitized by Google

tragspflicht der Mitglieder und die Haftung für das Personal gesagt werden muß; die nähere Organisation kann durch den Bundesrat oder die Interessenten selbst gegeben werden, wie es in Deutschland mit den Berufsgenossenschaften auch geschieht. Mit Hülfe des schweizerischen Automobilklubs wird es wohl möglich sein, ohne große Umstände die Ersteinrichtung vorzunehmen.

3. Der Beitritt zur Genossenschaft soll für alle in der Schweiz fahrenden Eigentümer bezw. Halter von Automobilen obligatorisch sein. Diejenigen, welche in der Schweiz wohnen, bedürfen durchgängig einer polizeilichen Bewilligung und können an Hand der polizeilichen Listen leicht eruiert werden. Der Bund hat vorläufig bezüglich der Fahrbewilligung noch nicht mitzusprechen und kann daher nicht vorschreiben, daß die Erteilung derselben von der Erfüllung der genossenschaftlichen Pflichten abhängig gemacht werde; dagegen wird man sich in dieser Hinsicht mit den Konkordatskantonen verständigen können.

Was nun die Ausländer anbetrifft, die nur vorübergehend auf Schweizerboden fahren, so ist es selbstverständlich, daß auch sie zur Mitgliedschaft, insbesondere zum Mitgliederbeitrag, herangezogen werden müssen. Es wird dies durch Vermittlung der Zollbehörden in sehr einfacher Weise geschehen. Nehmen wir an, ein ausländischer Automobilist habe z. B. minimal pro Monat seines schweizerischen Aufenthalts ein Zehntel des Jahresbeitrages zu entrichten [1]). Es ist gegenwärtig Regel, daß jeder ausländische Fahrer beim Eintritt in die Schweiz der Zollbehörde den Zollbetrag deponieren muß und nach dem Austritt den-

[1]) So schon würde die Beitragsleistung der Ausländer günstig für die Berechnung wirken. Man kann aber auch das Minimum für die Ausländer von einer Monatsrate z. B. auf 1/4 der Jahresrate erhöhen.

Digitized by Google

selben wieder zurück erhält. Das Datum des Eintrittes und des Austrittes sind also beim Zollamt fixiert. Nun kann einfach die Zollbehörde den entsprechenden Mitgliedsbeitrag bei der Rückerstattung des Zolldepots in Abzug bringen und ihn sodann der Zwangsgenossenschaft gutschreiben.

4. Wenn ein Automobil einen Unfall verursacht, so soll die Klage gegen die Genossenschaft gerichtet werden können (oder noch besser, gerichtet werden müssen). Dabei wird es nicht nötig sein, daß der Verletzte den Täter bezeichnet. Voraussetzung der Klage ist vielmehr bloß Verursachung durch ein Automobil. Die Genossenschaft ihrerseits wird die Einreden geltend machen dürfen, welche dem Automobilisten zugestanden wären, wenn man ihn persönlich verklagt hätte. Die Genossenschaft soll ferner bei Verschulden ihrer Mitglieder (bezw. der Personen, für welch letztere einzustehen haben) das *Regreßrecht* besitzen. Es ist dies unbedingt nötig, damit nicht bei den einzelnen Mitgliedern die Meinung aufkommt, daß man fahren könne, wie man wolle, weil man versichert sei. (Beim heutigen System der privaten Versicherung trifft dies teilweise zu.) Infolge des Regreßrechtes wird die Genossenschaft eine gewisse Aufsicht über ihre Mitglieder ausüben, und es wird nicht in ihrem Interesse liegen, im Prozesse gegen den Verletzten das Verschulden des Automobilisten zu verwedeln [1]).

5. Wie soll nun aber die Genossenschaft die nötigen *Mittel* aufbringen, um richtig funktionieren zu können? Bürdet man ihr nicht eine zu schwere Last, ein allzu großes Risiko auf? Die Sache ist gar nicht so schwierig, wie sie auf den ersten Blick aussieht.

[1]) Eventuell würde man auch bei Nichtverschuldensfällen einen teilweisen Regress auf die verursachenden Mitglieder vorsehen.

Digitized by Google

Die Zwangsgenossenschaft kann ins Leben treten ohne großen Apparat, ohne Betriebskapital, und dennoch von Anfang an voll wirksam, wenn sie die *Privatversicherung* zu Hülfe zieht[1]). Die Genossenschaft wird nämlich am besten tun, wenn sie sich für sämtliche Schäden, die im Laufe eines Jahres gegen sie geltend gemacht werden können, rückversichert. Sobald mit einer Privatversicherungsanstalt oder mit einer Gruppe von solchen ein bezüglicher Vertrag abgeschlossen ist, so wird die Schadensreglierung materiell von der Privatversicherung besorgt, und die Genossenschaft hat finanziell nicht viel anderes zu tun, als die im Vertrag festgesetzte Versicherungsprämie auf ihre Mitglieder zu repartieren[2]). Einer derartigen Rückversicherung steht praktisch nichts im Wege; die unumgängliche Voraussetzung vom versicherungstechnischen Standpunkte aus wird bloß die sein, daß sich auch im Antomobilhaftpflichtgesetz eine Vorschrift findet, die in Fällen ungewöhnlich hohen Erwerbs des Verunfallten die Schadensersatzpflicht begrenzt. (Vgl. Art. 4 des Eisenbahnhaftplichtgesetzes).

Die *Repartition* der Gesamtversicherungsprämie hat billigerweise nach Gefahrenklassen zu erfolgen. Nach welchem Prinzip ist die Klassifikation vorzunehmen?

An und für sich wäre nach den Ergebnissen der Statistik eine Abstufung der Mitgliederbeiträge je nach der Zahl der Pferdekräfte nicht unangezeigt, indem mit Zunahme der Motorenstärke auch die Gefährlichkeit ungefähr proportional wächst.

Allein es würde dies eine komplizierte Unter-

---

[1]) Von einem der hervorragendsten Versicherungsfachmänner der Schweiz sind mir diesbezüglich sehr wertvolle Aufklärungen und Winke zu teil geworden.

[2]) Späterhin könnte die Genossenschaft eventuell nur einen Teil des Risikos versichern.

Digitized by Google

suchung und Einschätzung der Fahrzeuge erfordern, wie sie namentlich bei den vom Ausland her einfahrenden Autos untunlich ist. Da nun auch die leicht konstatierbare Schwere des Wagens als gewichtiger Faktor für seine Gefährlichkeit erscheint, und da ferner auch meist die Wagen mit stärkeren Motoren schwerer sind, so dürfte eine *Klassifikation nach dem Gewicht* ziemlich praktisch sein. Sie wird ungefähr übereinstimmen mit der Abstufung, die die meisten Versicherungsgesellschaften[1]) zur Zeit machen in

1. Motorräder;
2. Automobile mit 2 Sitzen (leichtere Autos);
3. Automobile mit mehr als 2 Sitzen (schwerere Autos).

Da man annehmen darf, auch im Automobilhaftpflichtgesetz werde sich eine Bestimmung analog Art. 4 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes finden, so werden wir nicht stark fehl gehen, wenn wir das Maximum der Entschädigung, welche von der Versicherung zu decken ist, auf Fr. 200,000.— per Person, Fr. 600,000.— per Ereignis und Fr. 10,000.— Sachschaden ansetzen. Für ein solches Maximum werden gegenwärtig ungefähr folgende Prämien verlangt:

1. Für Motorräder . . . Fr. 70.—
2. „ leichtere Autos . . „ 240.—
3. „ schwerere Autos . „ 400.— [2])

Das deutsche Syndikat berechnet in den entsprechenden Fällen ca. 130, 350 und 650 Fr., indem das Unfallrisiko in dem großstädtereichen deutschen Reich anscheinend wesentlich höher ist als bei uns. Wird in

---

[1]) „Winterthur" und „Zürich" stufen nach der Motorenstärke ab, das große deutsche Haftpflichtsyndikat dagegen nach der Größe.

[2]) Die Lastwagen dürfen eventuell zur Klasse 2 gestellt werden.

Digitized by Google

der Schweiz eine verschärfte Haftpflicht eingeführt, so müssen natürlich auch die Prämienansätze unserer Gesellschaften an und für sich steigen. Der einzelne Automobilist kann dagegen nicht aufkommen. Wohl dagegen vermag die Genossenschaft eine gewisse Leichterstellung ihrer Mitglieder herbeizuführen. Sie wird mit der Versicherungsanstalt eine Art Kollektivversicherungsvertrag abschließen, in welchem ein Tarif aufgestellt wird, der für jede Klasse die Prämie pro Fahrzeug festsetzt. Eben diese Prämie[1]) hat sodann die Genossenschaft von ihren Mitgliedern einzufordern, um auf ihre Kosten zu kommen. Und zwar werden die Prämiensätze niedriger sein, als diejenigen, welche die Gesellschaften für einzelne Haftpflichtversicherungen verlangen. Dies aus zwei Gründen. Einmal kann von der Anstalt ein Rabatt, sagen wir z. B. von 20 %, gewährt werden, weil ein großes Geschäft vorliegt und erfahrungsgemäß das Risiko mit der größern Zahl der Versicherten abnimmt. Wir dürfen für die erste Zeit der Zwangsgenossenschaft auf Mitgliederbeiträge von ca. 3000 Motorrädern, 1200 leichtern und 800 schwerern Wagen rechnen, mit Einschluß der ausländischen. Auf einige Hundert mehr oder weniger kommt es übrigens bei der angegebenen Rechnungsweise gar nicht an. Sodann ist zu beachten, daß gegenwärtig auch solche Unfälle, die der versicherte Automobilist durch sein Selbstverschulden hervorgerufen hat, von der Versicherung ohne Regreß entschädigt werden. Nach unsern Vorschlägen soll dagegen in solchen Fällen die Genossenschaft, bezw. hinter ihr die Versicherungsanstalt, zwar den Schaden reglieren müssen, jedoch den Rückgriff auf das schuldige Mitglied haben[2]);

[1]) Mit einem kleinen Zuschlag für die Verwaltungskosten und die nicht zu erhebenden Prämien.

[2]) Diesem steht es frei, sich auch für sein Selbstverschulden privatim zu versichern.

Digitized by Google

nach der Statistik wird dies in ca. 30 % aller Unfälle vorkommen. Entsprechend reduzieren sich die Prämien [1]).

Demgemäß werden die der Genossenschaft angerechneten Prämien nur *ca. die Hälfte bis Dreiviertel* der für Einzelhaftpflichtversicherungen üblichen betragen. Schon jetzt sind die soliden Automobilisten gegen Haftpflicht versichert. Sie werden unter der Herrschaft der Zwangsgenossenschaft nicht schlechter, sondern besser wegkommen, als mit dem Einzelvertrag. Die genossenschaftliche Versicherung stellt nur insofern eine große *wirtschaftliche Neuerung* dar, als auch diejenigen zu Versicherungsleistungen herangezogen werden, die bisher das Publikum gefährdet haben, ohne sich um die Eventualität der Deckung von Schadensfällen zu kümmern.

Soviel über die Funktion der vorgeschlagenen Organisation. Hoffentlich wird das Angeführte genügen, um darüber Rechenschaft zu geben, ob ihre Einführung gegenüber der bloßen Statuierung der Spezialhaftpflicht wertvoll und durchführbar sei oder nicht. Die *Vorteile* einer derartigen Zwangsgenossenschaft scheinen uns in die Augen springende und gewichtige.

In erster Linie für das *Publikum*. Die Oorganisation vermag auf den Automobilismus sanierend einzuwirken, indem die Gesamtheit der Automobilisten ein großes finanzielles Interesse daran erhält, die Unfälle möglichst zu verhüten und gegenüber räudigen Schafen selbst Ordnung zu schaffen. Schwer wiegt sodann in der Wagschale, daß der Kläger in jedem Falle in der angenehmen Lage sein wird, gegen ein *bekanntes* und *solventes* Subjekt vorgehen zu können. *Alle begrün-*

[1]) Dieselben sind demnach für die Genossenschafter auf etwa 60 Fr. per Velo und durchschnittlich 300 Fr. per Wagen bei einer Versicherungsumme von 200,000/500,000 Fr. anzuschlagen.

Digitized by Google

deten Ansprüche werden gedeckt werden, während unter dem einfachen Haftpflichtsystem armen Krüppeln und Waisen Hunderttausende verloren gehen, weil der Haftpflichtige nicht erreichbar oder nicht zahlungsfähig ist[1]). Endlich kann man darauf rechnen, daß sich bei der Beklagschaft bald eine große Erfahrung und die Möglichkeit sicherer juristischer Beurteilung der Unfälle einstellen wird, und daß sie dadurch von selber dazu gelangt, angemessene Vergleichsofferten zu machen, um Prozesse zu vermeiden.

Aber auch die billig denkenden *Automobilisten* werden sich mit unsern Vorschlägen leicht befreunden. Auch ihnen kann eine bessere Disziplin im Automobilwesen und dadurch eine Beruhigung des Publikums nur willkommen sein. Gleichzeitig werden sie aus der Genossenschaft den erheblichen Vorteil haben, daß Schäden, welche nicht aus Selbstverschulden, sondern aus den besondern Gefahren des Automobilbetriebes hervorgehen, nicht von dem Einzelnen, sondern von der *Gesamtheit* gedeckt werden müssen, indem hier kein Regreß besteht; es betrifft dies mehr als die Hälfte aller Automobilunfälle. Des fernern darf wohl auch erwartet werden, daß in teilweiser Kompensation der großen Vorteile, welche die Zwangsgenossenschaft dem Publikum bietet, der Gesetzgeber bei der Formulierung des Automobil-Haftpflichtprinzips sich auf eine etwas weniger strenge Basis stellt, als beim Eisenbahnhaftflichtrecht.

---

[1]) Wenn ein Straßenpassant die Folgen eines gewöhnlichen Zufalles an sich selbst zu tragen hat, so wird sein Rechtsgefühl dadurch nicht verletzt, wohl aber, wenn er leer ausgehen muß, obschon er in grob fahrlässiger Weise überfahren wurde.

Digitized by Google

Die Revision der internationalen Uebereinkunft über den Civilprozess.

Von Bundesrichter *Alex. Reichel* in Lausanne.

Durch B.-Beschluss v. 21. Juni 1898 ist die Eidgenossenschaft der internationalen Uebereinkunft zur Regelung einiger auf den Civilprozess bezüglicher Fragen des internationalen Prozessrechtes, abgeschlossen im Haag am 14. Nov. 1896 und 22. Mai 1897, beigetreten. (Vgl. A. S. XVII. p. 179 u. Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1898.) Dieses Uebereinkommen hatte nicht nur in der Schweiz, sondern auch anderwärts manche Anfechtung erfahren und bei Gelegenheit der IV. Konferenz für internationales Privatrecht im Haag wurde im Jahre 1904 ein neues Projekt für dieses Uebereinkommen ausgearbeitet.

Art. 28 des Revisionsprojektes (R. P.)[1]) bestimmt:

„La présente convention remplacera la convention de droit international privé du 14 nov. 1896 et le protocole additionnel du 22 mai 1897.

Elle entrera en vigueur le soixantième jour à partir de la date où tous les Etats signataires où adhérents de la convention du 14 nov. 1896 auront déposé leurs ratifications de la présente convention et au plus tard le 27 avril 1909."

Das R. P. sieht also voraus, dass alle Staaten die neue Ordnung annehmen; doch enthält es einen letzten Termin (27. April 1909), bis zu welchem sich der Beitritt zu vollziehen hat. Sind bis zu diesem Termin nicht alle Staaten der neuen Convention beigetreten, so tritt sie in Kraft zwischen denjenigen Staaten, welche angenommen haben. In diesem letztern Falle würden ziemlich complizierte Verhältnisse entstehen für die Staaten, die angenommen haben. Sie würden unter sich das

[1]) Im Anhang abgedruckt.

Digitized by Google

neue Conventionsrecht anwenden, dagegen den Staaten gegenüber, welche nicht angenommen haben, würde das alte Recht fortdauern. Doch würden sich diese Staaten wahrscheinlich beeilen, die alte Convention zu künden, um aus diesem Doppelverhältniss herauszukommen.

Die Schweiz wird sich also bis zum 27. April 1909 darüber schlüssig zu machen haben, ob sie dem neuen Conventionsrecht beitreten will. Implicite liegt darin auch zugleich eine Entscheidung über die Frage, ob sie überhaupt im Conventionsverbande bleiben will. Denn aus den eben angeführten Gründen werden die Unionsstaaten, wenn sie in der Mehrheit dem neuen Rechte beitreten, voraussichtlich das alte Conventionsrecht nicht mehr beibehalten wollen und das jetzt bestehende Uebereinkommen gegenüber der Schweiz künden, wenn diese dem neuen Vertrage nicht beitritt. Schwierigkeiten werden im Falle der Ablehnung des Beitrittes für die Schweiz auch sonst entstehen, als der Weg des Einzel-Staatsvertrages mit den Conventionsstaaten erschwert sein wird, indem diese einem solchen Ansinnen mit der Verweisung auf den Beitritt zur Convention entgegentreten werden.

Ich will nun versuchen, so kurz als möglich die Abweichungen des R. P. gegenüber dem jetzt bestehenden Conventionsrechte, soweit sie von erheblicher Bedeutung sind, zu besprechen.

I. Mitteilung gerichtlicher oder aussergerichtlicher Urkunden.

Die bisherige Convention sah die diplomatische Uebermittlung vor, wobei dem ersuchten Staate überlassen wurde, die Zustellung zu regeln, d. h. nach seiner Gesetzgebung vorzunehmen.

Es hatten sich dabei mancherlei Schwierigkeiten ergeben, insbesondere war die Frage der Uebersetzung aufgetaucht. Einzelne Staaten, z. B. Ungarn, weigerten

Digitized by Google

sich, die in ihrer Landessprache abgefassten Aktenstücke zu übersetzen und verlangten Zustellung im Original. Die alte Convention gibt darüber keine Vorschrift, da für das Zustellungswesen eine die Uebersetzungspflicht regelnde Bestimmung fehlt, wie sie in Art. 6, Abs. 2, für die Rogatorien aufgenommen ist.

Auch ist natürlich der diplomatische Weg immer umständlich und zeitraubend.

Das R. P. enthält folgende Neuerung:

1. Die Zustellung von Staat zu Staat erfolgt nicht mehr auf diplomatischem Wege, sondern durch die Konsularbeamten. Der requirierende Staat schickt die zuzustellenden Akten direkt an seinen Konsul. Dieser wendet sich an die zuständige Behörde des Zustellungslandes.

Jeder der Convention beigetretene Staat kann aber verlangen, dass die Zustellung an seine Behörden auf diplomatischem Wege erfolge.

2. Für die Zustellung selbst werden zwei Wege vorgesehen:

a) Die *freundliche Annahme* (remise de l'acte au destinataire qui l'accepte volontairement, art. 2 R. P.). In diesem Falle braucht der Konsul der zuständigen Behörde des Zustellungslandes in seinem Gesuch nur anzugeben: Die Behörde, von welcher das Aktenstück ausgeht, Namen und Bezeichnung der Parteien, Adresse des Empfängers und die Natur des zuzustellenden Aktenstückes (la nature de l'acte dont il s'agit). Diese Angaben müssen in der Sprache des Zustellungslandes abgefasst sein. Die zuständige Behörde des Zustellungslandes übergibt das Aktenstück dem Empfänger ohne weitere Förmlichkeit, wenn dieser es freiwillig annimmt. Ich nehme an, dass eine solche Uebermittlung auch durch die Post erfolgen kann.

b) Die *gerichtliche Zustellung* in der Form des Prozessrechtes des Zustellungslandes. In diesem Falle

Digitized by Google

muss, entgegenstehende Vereinbarung vorbehalten, dem Aktenstück eine Uebersetzung in die Sprache des Zustellungslandes beigefügt sein und im Gesuch der Wunsch auf gerichtliche Zustellung ausdrücklich ausgesprochen sein. — Eine besondere vom Gesuchsteller gewünschte Zustellungsform kann gewährt werden, wenn die Gesetzgebung des Zustellungslandes nicht entgegensteht.

c) Kosten können vom Zustellungsstaate nur verrechnet werden, soweit sie aus der Verwendung von Personen mit amtlicher Eigenschaft (officiers ministériels), worunter für uns hauptsächlich die Weibel fallen, oder aus der besonders verlangten Form der Zustellung erwachsen.

3. Endlich wird durch das R. P. den Konsuln das absolute Recht eingeräumt, Zustellungen an ihre eigenen Staatsangehörigen vorzunehmen. Die Zustellung an Dritte kann der Staat, in dem der Konsul akkreditiert ist, verbieten, aber nicht die an die eigenen Nationalen des Konsuls.

Auch das R. P. greift nicht ein in das Zustellungsverfahren der einzelnen Staaten, insbesondere bleibt das französische Verfahren mit der Uebermittlung an den Staatsanwalt bei Zustellungen ins Ausland bestehen. Doch hat die Konferenz im Schlussprotokoll den Wunsch ausgesprochen, dass das innerstaatliche Recht über Zustellungen im Ausland dem Conventionsrechte angepasst werden möge.

Für die Schweiz wird das System der freiwilligen Annahme oder der Zustellung auf gütlichem Wege einige Schwierigkeiten bieten, da dies unseren Prozessgesetzgebungen meist unbekannt ist. — Auch fragt es sich, ob die gütliche Zustellung im Ausland für uns einen grossen Wert besitze, indem, wo unsere Prozessgesetze von Zustellungen handeln, sie darunter eine Zustellung unter Gerichtszwang verstehen. Denn das Con-

Digitized by Google

ventionsrecht ändert ja auch in diesem Punkte das innerstaatliche Recht nicht ab.

Dieses ganze System der freiwilligen Annahme ist überhaupt nicht sehr praktisch gedacht. Es wirkt einmal für den Laien, der nicht zu übersehen in der Lage ist, welche Folgen die Annahme eines Aktenstückes z. B. in einer Klage für ihn nach sich ziehen kann, als Mausefalle, andrerseits kann der mit Prozesssachen Vertraute seine Anwendbarkeit dadurch unmöglich machen, dass er die gütliche Annahme ablehnt, dann muss eben doch gerichtlich zugestellt werden.

Die Uebermittlung des Gesuchs durch Konsuln wird vielleicht dem diplomatischen Wege vorzuziehen sein; doch wird es sich fragen, ob unsere Nichtberufskonsuln den ihnen so gestellten Aufgaben überall gewachsen sein werden. Doch nehme ich an, dass diesem Mangel durch genaue Instruktionen vorgebeugt werden kann.

II. Rogatorien.

An diesem Abschnitte ist am wenigsten geändert.

1. Auch für die Rogatorialkommissionen wird das System der Uebermittlung des Gesuchs durch die Konsuln an Stelle des diplomatischen Weges eingeführt. Die Konsuln sind auch, wenn sich der Staat bei dem sie akkreditiert sind, nicht widersetzt, berechtigt, selbst die erforderliche Gerichtshandlung (z. B. eine Zeugenabhörung) vorzunehmen.

2. Kosten dürfen vom ersuchten Staate nur verrechnet werden, soweit Zeugengelder, Expertenhonorare oder Weibelgebühren in Frage kommen. Auch Zeugengelder und Weibelgebühren nur, wenn die Zeugen nicht freiwillig erschienen sind.

Man fragt sich bei der Zeugenerscheinung, wie der Richter erfahren soll, ob der Zeuge freiwillig erscheinen will. Man wird, besonders wenn man daran denkt, dass unter Umständen Parteivertreter der Ver-

Digitized by Google

handlung beiwohnen wollen, dazukommen, vor der Ansetzung des Verhandlungstermins den Zeugen anzufragen, ob er freiwillig erscheinen wolle, wobei man ihn darauf aufmerksam machen muss, dass er in diesem Falle keine Entschädigung verlangen könne. Eine Garantie, dass der Zeuge wirklich erscheint, hat man aber auch nach diesen Pourparlers nicht; da der Zeuge nicht geladen ist, kann er im Falle Nichterscheinens auch nicht gebüsst werden.

III. Kostenversicherung für Prozesskosten wegen mangelndem Domizil im Prozessstaat.

Am meisten Anfechtung hat in der Praxis dieser Abschnitt erfahren. In der Convention von 1896 ist bekanntlich für Conventionsangehörige, die Domizil in einem Conventionsstaate, aber nicht im Prozessstaate haben, die Leistung der Sicherheit für Prozesskosten wegen mangelndem Domizil am Prozessort (cautio judicatum solvi) aufgehoben. Als Kompensation ist die internationale Vollstreckbarkeit des Kostenurteils aufgenommen. Diese scheiterte aber nicht selten daran, dass die Kosten des Exequaturverfahrens in einzelnen Ländern denen des Prozesses gleichkamen oder sie überstiegen, was für kleine Beträge praktisch einen Verzicht auf die Beitreibung der Kosten herbeiführte. Der Schweizerische Bundesrat hatte denn auch in seiner Eingabe zu den Conferenzverhandlungen den Wunsch ausgedrückt, es möchte für das Exequatur entweder ein summarisches und möglichst kostenloses Verfahren eingeführt oder ein proportionales Verhältnis zwischen Streitwert und Kosten hergestellt oder in irgend einer andern Weise die Exequaturkosten herabgesetzt werden.

Hier sind im R. P. folgende Neuerungen getroffen:

1. Die Befreiung der Partei von der Kostenversicherungspflicht bezieht sich auch auf die Gerichtskosten.

Die Kostenurteile erhalten auf diplomatisches Ansuchen des Prozessstaates im Wohnsitz- oder Voll-

Digitized by Google

streckungsstaat *kostenlos* das Exequatur (seront rendues gratuitement exécutoires). Diese Vorschrift bezieht sich auch auf die vom Haupturteile unabhängig erfolgten Kostenfeststellungen.

Die Conventionsstaaten können vereinbaren, dass das Exequaturgesuch auch direkt von der interessierten Partei eingereicht wird.

2. Das Exequatur erfolgt durch die zuständige Behörde *ohne* Anhörung der Parteien, jedoch unter Vorbehalt einer weiteren Beschwerde der verurteilten Partei, nach der Landesgesetzgebung (mais sauf recours ultérieur de la partie condamnée conformément à la legislation du pays où l'exécution est poursuivie).

3. Die Exequaturbehörde hat nur zu prüfen:

a) Ob nach dem Gesetze des Prozessortes (lex fori) die vorgelegte Ausfertigung der Kosten, die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt (authenticité);

b) Ob nach der lex fori die Entscheidung Rechtskraft besitzt;

c) Ob das Dispositiv in der am Vollstreckungsort herrschenden Sprache abgefasst oder mit einer beglaubigten Uebersetzung versehen ist.

4. Die Erfüllung der Bedingungen der Authenticität und der Rechtskraft (Alin. 3 *a* u. *b*) kann nachgewiesen werden durch Bescheinigung der zuständigen Amtsstelle des Prozessstaates, aus der sich ergibt, dass die Entscheidung in Rechtskraft erwachsen ist. Die Zuständigkeit dieser Behörde muss wiederum bescheinigt werden durch den höchsten der Justizverwaltung vorgesetzten Beamten (par le plus haut fonctionnaire préposé à l'administration de la justice dans l'état requérant). Diese Bescheinigung muss, wenn sie nicht in der Landessprache abgefasst ist, von einer beglaubigten Uebersetzung begleitet sein.

(Schluß folgt.)

Digitized by Google

Literaturanzeigen.

Sohm, Institutionen, 13. Aufl. Leipzig, Duncker & Humblot, 1908.

Wer von den jüngern Juristen hat nicht an Hand dieses vortrefflichen Lehrbuches in die Geheimnisse des römischen Rechts einzudringen versucht? Schon in der 7. Auflage wurde das Werk wesentlich umfangreicher, indem sich seit der Einführung des B. G. B. eine Erweiterung als nötig erwies und nunmehr ist wiederum die Neuauflage wesentlich umgearbeitet. Wie in ihrem Vorwort gesagt wird, sind fast überall in Deutschland die Pandektenvorlesungen beseitigt worden. „Die Folge ist, daß die Institutionen mit der Darstellung von Geschichte und System des römischen Privatrechts zugleich alles bringen müssen, was für das Verständnis des römischen Rechts erheblich ist. Ja, sie müssen auch das Verhältnis der Grundgedanken unseres heutigen bürgerlichen Rechts zu den leitenden Ideen des römischen Rechts erkennen lassen.“ — Auch bei uns steht die absolute Notwendigkeit vor der Thüre, auf diese Weise das Hauptgewicht des römischen Rechtsunterrichts von den Pandekten auf die Institutionen zu übertragen.

Systematische Rechtswissenschaft. 1906. Berlin und Leipzig, B. G. Teubner. 525 S. M. 16.

Ein Teil des großangelegten Sammelunternehmens: Die Kultur der Gegenwart. Der brillant ausgestattete Band stellt die verschiedenen Zweige der deutschen Jurisprudenz in knapp und klar geschriebenen Aufsätzen dar. Die Einleitung und den Schluß, über Wesen und Zukunftsaufgaben von Recht und Rechtswissenschaft hat Stammler geliefert, dem man wie keinem zweiten eine mächtige Förderung der modernen Rechtsphilosophie verdankt, und der uns in seine Lehre vom „richtigen Recht“ einführt. Mit bekanntem Schwung löst Sohm die überaus schwere Aufgabe, den gewaltigen Stoff des Privatrechts plastisch und eindringlich zu gruppieren. Im Strafrecht begegnen wir Liszt, im Staatsrecht Laband, im internationalen Privatrecht von Bar, u. s. w. Namentlich sei noch die eingehende Würdigung des Verwaltungsrechtes und Völkerrechtes erwähnt. Ein Jurist, der sich in relativ kurzer und billiger Weise über die verschiedenen Disziplinen seiner Wissenschaft im Laufenden halten möchte, wird an dem Werk seine helle Freude haben; der einzige Band wird ihm viele Bücher ersetzen und einen

Digitized by Google

bleibenden Wert als Denkmal des Hochstandes der Jurisprudenz zu Anfang des 20. Jahrhunderts bewahren.

Curti, Dr. Eugen, Sämtliche **Entscheidungen des schweizer. Bundesgerichts** in abgekürzter Fassung und nach Materien geordnet. Zürich, Schulthess, 1908.

Alle diejenigen, welche diese praktische Sammlung für Bd. I—XXIV der bundesgerichtl. Entscheidungen besitzen, werden es begrüßen, daß nunmehr ihre Fortsetzung für Band XXV—XXX in der Herausgabe begriffen ist. Die 1. Lieferung liegt bereits vor.

De Blonay, Annales de Jurisprudence, Bd. XIV. 1906. — Lausanne Benda & Sack. 1907.

Mit umfassender Anführung von Entscheiden aus dem Bundescivilrecht und sehr eingehendem deutschen Register.

Gerland, Prof. Dr. **Die englische Gerichtsverfassung in ihrer gegenwärtigen Entwicklung und die deutsche Gerichtsreform.** Berlin, K. Curtius, 1908. 68 S.

Das englische Gerichtswesen ist an sich sehr merkwürdig; das Problem, ob Juristen- oder Laienrichter oder aber eine Mischung besser sei, findet in der gegen die Adikesschen Reformvorschläge gerichteten Schrift Beleuchtung.

Heinrich Dernburg. Gedächtnisrede von **Emil Seckel.** Mit Bildnis. Halle, Buchhandl. des Waisenhauses. M. —.60. 22 S.

Namentlich für die Verehrer des vor kurzem verstorbenen Pandektisten bestimmt, der auch unter den Schweizern viele Schüler zählte.

Rechtsprechung.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz.*

9. Erfindungsschutz; Gültigkeit einer Abtretung der Rechte aus einem Patentierungsgesuche.

J. und F. hatten beim eidg. Amt für geistiges Eigentum ein Patentgesuch für eine gewerbliche Erfindung eingereicht. Vor der Patentierung traten sie durch eine „Convention de cession de propriété industrielle“ alle ihre Rechte, „qui sont attachés à la demande formulée au Bureau fédéral

Digitized by Google

de la propriété intellectuelle sous N° X gegen eine Geldsumme an H. & B. ab, welche bereits ein Patent für eine ähnliche Erfindung besassen und dann auch das Patent für die abgetretene Erfindung erhielten. In der Folge bestritten H. & B. die Pflicht zur Bezahlung der Abtretungssumme, u. a. desshalb weil die abgetretene Erfindung keine solche gewesen sei, da ihr das Erfordernis der Neuheit gefehlt habe. Eine Expertise bestätigte Letzteres: „La demande de brevet „n° X ne se rapportant point à une véritable invention", sagt hieran anschliessend das B. G., „il n'en pouvait donc „découler aucuns droits, non plus que du brevet lui-même. „Quelle que soit ainsi la version que l'on veuille adopter sur „ce qui devait constituer l'objet du contrat du 7 juin 1902, „c'est-à-dire que l'on admette, que ce contrat devait avoir „pour objet l'invention même que F. et J. déclaraient la leur, „ou que ce contrat ne devait avoir d'autre effet que le trans„fert aux recourants de droits attachés à la demande de „brevet n° X il faut reconnaitre qu'en réalité ce contrat „n'avait pas d'objet puisqu'il n'y avait ni invention ni, par „conséquent, de droits attachés à la demande de brevet N° X" Unter diesen Umständen sei die Abtretung, weil ein Gegenstand der Abtretung fehle, nichtig, ob man den Vertrag als Kaufvertrag oder als eigentliche Abtretung oder als eine Abtretung besonderer Art betrachte, wofür auf Art. 229, 192 Abs. 1 und 17 O. R. verwiesen wird. Die Pflicht zur Zahlung der Abtretungssumme wurde daher verneint.

Urteil vom 16. Nov. 1907 i. S. Burri & Helferich ca. Fasnacht et cons.

10. Kollokationsstreit: Rechtsstellung der Masse als beklagte Partei.

Die Masse kann als beklagte Partei im Kollokationsprozess nicht widerklagsweise die Herabsetzung der im Kollokationsplan zugelassenen Forderung des Klägers verlangen, ausser wegen Tatsachen, die eingetreten sind nach der Auflage des Planes.

Urteil vom 29. Nov. 1907 i. S. Masse en faillite de la Société suisse pour l'exploitation d'hôtels en liquidation ca. Masse en faillite de la Société immobilière de l'hôtel National à Berne.

11. Internationales Frachtrecht: Art. 8 Abs. 4 des internationalen Uebereinkommens v. 14. Dez. 1890.

Wenn das Aufladen der Ware nicht von der Bahn, sondern vom Absender besorgt wird, so sind die Angaben des Fracht-

Digitized by Google

briefes über das Gewicht der Ware gegenüber der Endbahn nur dann beweiskräftig, wenn die Ware von den Organen der Aufgabebahn nachgewogen und deren Nachwiegung auf dem Frachtbriefe beurkundet wurde. Das letztere Erfordernis fällt auch da nicht fort, wo nach der Transportordnung des Landes der Aufgabebahn diese eine surveillance spéciale über die Ware übernommen hat.

Urteil vom 6. Dez. 1907 i. S. S. B. B. ca. Niebergall & Goth.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

8. *Servitutenrecht:*

a) Persönliche oder dingliche Dienstbarkeiten.

b) Inhalt dinglicher Servituten.

c) Zur Entstehung einer dinglichen Servitut ist nach bernischem Recht nicht nötig, dass das herrschende Grundstück im Titel ausdrücklich und genau bezeichnet werde.

d) Gegenseitige Servituten. Entstehung derselben.

Nachbarrecht:

Voraussetzungen für den Zuspruch einer Klage aus Satzg. 380 C. G. B.

Max Otto Wild und Mithafte ca. A. G. Stallhof.
12. März 1907. (I. Abteilung.)

Tatbestand:

Die beklagte A. G. Stallhof hat ihr Grundstück auf dem Kirchenfeld dem Velohändler Maurer vermietet, der darin ein Autogarage betreibt. Auf diesem Grundstück lastet eine Servitut, die folgendermaßen umschrieben ist:

„Der Käufer verpflichtet sich, für sich und seine Nachbesitzer dinglich auf dem Kaufsobjekte zu keinen Zeiten eine Wirtschaft einzurichten und zu betreiben, noch betreiben zu lassen, noch ein Gewerbe auszuüben oder ausüben zu lassen, welches durch Lärm, üblen Geruch u. drgl. der Nachbarschaft lästig werden könnte. Dem Herrn Käufer wird aber

Digitized by Google

die Erstellung von Pferdestallungen auf dem Kaufobjekte ausdrücklich gestattet."

Die Kläger Wild, Mürset und Rätzer sind Eigentümer benachbarter Grundstücke; sie klagen konfessorisch, event. aus Nachbarrecht darauf, die Beklagte habe dafür zu sorgen, daß die Ausübung des lärmenden Gewerbes auf ihrem Grundstück unterbleibe. Im Weiteren verlangen sie Schadenersatz gemäß Art. 50 ff. O. R. . . .

Die Kläger behaupten, Maurer betreibe das Autogarage als Gewerbe und die Ausübung dieses Gewerbes falle den Nachbarn durch Lärm, üblen Geruch u. drgl. lästig. Sie bedinge, daß der Automobilverkehr von und nach dem Stallhof ein sehr intensiver, namentlich in der wärmeren Jahreszeit ein derart gesteigerter sei, daß man ein ständiges An- und Fortfahren bemerke. Die Automobile machen, so führen die Kläger aus, bekanntlich großen Lärm, der sich namentlich vor dem Anfahren und ganz besonders nach dem Halten überaus unangenehm geltend mache. Der Lärm beschränke sich auch nicht etwa auf das Fahren auf der Straße, sondern werde namentlich beim Ein- und Ausfahren, sowie bei Deplazierungen innerhalb der Garage vernehmbar, er wiederhole sich des Tages vielmals und dauere oft bis in die Nacht hinein. Neben der Belästigung durch den Lärm bilde auch diejenige durch den üblen Geruch eine ganz bedeutende Unannehmlichkeit. Ebensogroß sei die Belästigung durch den übelriechenden Rauch. Diese Unannehmlichkeiten seien oft derart, daß ein Verweilen in den Veranden, sowie ein Öffnen der nach dem Garten schauenden Fenster nicht tunlich sei.

Durch die Vermietung der Lokalitäten zum Zweck der Einrichtung eines Autogarages habe die Beklagte — so behaupten die Kläger — den Bestimmungen der Servitut zuwidergehandelt, die als gegenseitige dingliche Belastung auf den eingangs genannten Grundstücken, namentlich aber auf der Stallhofbesitzung ruhe und der zufolge die Erwerber von Parzellen oder Liegenschaften auf dem Kirchenfeld und speziell an der Jungfraustraße, am Dählhölzliweg und an der Thunstraße von der Errichtung und Ausübung lärmender, übelriechender oder anderswie der Nachbarschaft lästig fallender Gewerbe geschützt sein sollen.

Daß eine solche gegenseitige Servitut konstituiert werden sollte und konstituiert worden sei, ergebe sich aus dem Umstande, daß die nämliche Dienstbarkeit in beinahe überein-

Digitized by Google

stimmendem Wortlaute in den Erwerbstiteln sämtlicher beteiligter Parteien enthalten sei. Eine derartige Dienstbarkeit könne errichtet werden, ohne daß ein spezielles Grundstück als herrschendes bezeichnet werde.

Die Beklagte, so wird ausgeführt, sei für die Zuwiderhandlung gegen die Servitut und die daraus entstehenden Folgen verantwortlich. Sie habe weiterhin noch eine Verantwortlichkeit auf sich geladen dadurch, daß sie ihrem Mieter Maurer die Einrichtung einer Benzinniederlage nicht strikte verboten habe (vgl. Art. 21 und 29). Sie sei zu verhalten, für Beseitigung der Übelstände und für Einstellung des von Herrn Maurer betriebenen Gewerbes besorgt zu sein (Rechtsbegehren 1 und 2).

Es sei auch den Klägern durch den Betrieb des Autogarages ein Schaden erwachsen, indem ihre Besitzungen infolge der beschränkten Benutzbarkeit und der erhöhten Feuersgefahr eine Einbuße an Wert erlitten haben.

Bei dem Kläger Rätzer komme speziell noch hinzu, daß er seit dem 1. Mai 1905 infolge der fatalen Nachbarschaft große Mühe habe, seine Wohnungen zu vermieten. So sei die Wohnung im Parterre vom 1. Mai bis Mitte September 1905 und diejenige im I. Stock vom 1. Mai bis 1. August leer geblieben und beide haben nur unter Reduzierung des Mietzinses und Verkürzung der Kündigungsfrist wieder vermietet werden können. Im ferneren sei auf die nämliche Ursache zurückzuführen die Kündigung des Mieters, der die Wohnung im III. Stock des Rätzer'schen Hauses seit 1. Mai 1905 inne habe und sie bereits auf den 1. Mai 1906 wieder verlassen wolle.

Ebenso sei, wesentlich aus demselben Grunde, die vom Kläger Wild in seinem Hause vermietete Wohnung auf 1. Mai 1906 gekündet worden und es sei dem Vermieter bis dahin nicht gelungen, einen neuen Mieter zu finden (Art. 3).

All dieser Schaden sei von der Beklagten gemäß Art. 50 ff. zu ersetzen. (Rechtsbegehren 3.)

Eventuell machen die Kläger geltend, sie werden in der Ausübung ihres Eigentumsrechtes durch das lästige Gewerbe, das auf dem benachbarten Stallhofgrundstücke betrieben werde, gestört; demgemäß stützen sie ihre Begehren — abgesehen von den geltend gemachten Schadenersatzansprüchen — für den Fall der Abweisung ihrer konfessorischen Klage auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen der Satzg. 380 C. G. B.

Digitized by Google

Die Beklagte bestreitet den Klagsanbringen gegenüber in erster Linie die Legitimation der Kläger zur Erhebung der actio confessoria. Dies mit folgender Begründung:

Das nach der klägerischen Behauptung auf dem Grundstück der Beklagten ruhende Verbot des Betriebes lärmender oder übelriechender Gewerbe müßte, um wirksam zu sein, entweder als persönliche oder als dingliche Dienstbarkeit errichtet worden sein. Um eine persönliche Dienstbarkeit könne es sich nun jedenfalls vorliegend nicht handeln; gegen die Annahme einer dinglichen Servitut spreche aber der Umstand, daß nirgends in den fraglichen Titeln ein herrschendes Grundstück bezeichnet worden sei, was doch zur Errichtung einer Prädial-Servitut nötig wäre. *Speziell seien die Grundstücke der Kläger demjenigen der Beklagten gegenüber nirgends als herrschende bezeichnet worden.* Deshalb seien die Kläger zur Erhebung der konfessorischen Klage gar nicht legitimiert. Im weitern erhebt die Beklagte den Einwand, es handle sich bei der Benutzung des Stallhofes als Autogarage nicht um den Betrieb eines *Gewerbes.*

Endlich bestreitet sie, daß es sich um ein „lärmendes, übelriechendes oder sonstwie die Nachbarschaft belästigendes Gewerbe" im Sinne der erwähnten Bestimmungen der Kaufbriefe handle. Auch die Voraussetzungen der Satzg. 380 C. G. B. seien nicht gegeben. Einer Klage aus dieser Gesetzesbestimmung gegenüber sei die Beklagte vorliegend passiv nicht legitimiert.

Entscheidungsgründe:

1. Der von den Klägern in erster Linie ans Recht gesetzten actio confessoria gegenüber erhebt die Beklagte den Einwand mangelnder Aktivlegitimation, einen Einwand, zu dessen Prüfung es des ernstlichen Eingehens auf die Natur und Entstehungsart der in Frage stehenden, klägerischerseits behaupteten Rechte bedarf.

Da ist denn vor allem aus festzustellen, daß es sich um *persönliche Dienstbarkeiten* in casu nicht handeln kann, wie denn auch die Kläger ihre Ansprüche nicht aus persönlichen, sondern aus *dinglichen Servituten* herleiten. Sie behaupten, derartige Servituten seien als gegenseitige zu Gunsten — und natürlich auch zu Lasten — der Erwerber von Grundstücken an der Jungfraustraße, Thunstraße und am Dählhölzliweg errichtet worden.

Tatsächlich richtig ist nun — was die Beklagte einwendet — daß die Grundstücke der Kläger nirgends als

Digitized by Google

herrschende gegenüber dem Stallhof als dienendem Grundstück bezeichnet sind. Fraglich aber und zu prüfen bleibt, ob nicht trotz dieses Umstandes die behaupteten Rechte zu Gunsten der klägerischen Liegenschaften bestehen könnten und vorliegenden Falles auch errichtet worden sind, ob danach also nicht trotzdem die Kläger zur konfessorischen Klage legitimiert erscheinen.

Daß *inhaltlich* Dienstbarkeiten, wie die seitens der Kläger in Anspruch genommenen, nach den Grundsätzen des bernischen Rechtes — wie nach denjenigen des gemeinen Rechtes — wohl bestehen können, darf ernstlich nicht in Zweifel gezogen werden; denn unter den Vorteilen, die ein Grundstück dem andern durch Duldung oder Unterlassung zu gewähren im Stande ist (vgl. Satzg. 456 C. G. B.), können nicht bloß solche verstanden werden, die einen materiellen Nutzen bringen, sondern es sind auch solche darunter zu fassen, die in einer bloßen *Annehmlichkeit* bestehen, sofern diese Annehmlichkeit nicht bloß der individuellen Neigung eines einzelnen Besitzers entgegenkommt, sondern regelmäßig von allen Besitzern — und zwar in ihrer Eigenschaft als Grundbesitzer — geschätzt und genossen wird und so allgemein den Wert des herrschenden Grundstückes erhöht, was in casu bei der behaupteten Dienstbarkeit ohne Zweifel zutrifft. (Vgl. Windscheid, 5. Aufl., Bd. I, pag. 663 und Anm. 5 und 6; Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, Archiv für civilist. Praxis, Bd. 87, pag. 161; Leuenberger, Bd. II, pag. 267.)

Die Legitimationsfrage nun würde sich ohne weiteres zu Ungunsten der Kläger entscheiden, wenn — was die Beklagte anzunehmen scheint — das bernische Recht auf dem Boden stünde, daß ohne die ausdrückliche Bezeichnung eines herrschenden Grundstückes eine dingliche Servitut nicht entstehen könne, *wenn also das herrschende Grundstück bei der Errichtung der Dienstbarkeit im Titel genau bezeichnet werden müßte. Das ist aber nicht der Sinn und Wille unseres Gesetzes.* (Vgl. Satzg. 451 und App.- und Kass.-Hof i. S. Kehrer ca. Ingold, Zeitschr. des bern. Jur.-Ver., Bd. 36, pag. 603 ff.)

Vielmehr muß die rechtliche Existenz einer dinglichen Servitut auch dann bejaht werden, wenn sich das herrschende Grundstück zwar nicht aus bestimmter Bezeichnung im Titel ergibt, wohl aber auf Grund einer sinngemäßen Auslegung der in den Titeln des dienenden Grundstückes ent-

Digitized by Google

haltenen Klausel über die betreffende Dienstbarkeit, aus Anlage und Art der Belastung — z. B. bei einem Wegrecht — mit Sicherheit bestimmt werden kann.

Das ist nun vorliegend der Fall. Eine vernünftige Interpretation der zitierten, den Rechtsansprüchen der Kläger zu Grunde gelegten Bestimmung sämtlicher angeführter Kaufverträge führt zur Gewissheit darüber, daß durch diese Bestimmung eine Dienstbarkeit errichtet werden sollte und errichtet wurde zu Gunsten der jeweiligen, noch in der Hand der Verkäuferin befindlichen *Nachbargrundstücke*, die dann auch ihrerseits wiederum beim Übergang aus der Hand der ursprünglichen Eigentümerin des ganzen Komplexes, der Berne Land Company, an einen neuen Eigentümer, mit der nämlichen Servitut belastet wurden.

So wurde, als im Jahre 1897 das Stallhofterrain von der Berne Land Company an den Banquier Marcuard überging, die Dienstbarkeit auf dieses Grundstück gelegt zu Gunsten des benachbarten Komplexes, *zu dem auch die heutigen Parzellen der Kläger Wild und Mürset gehören*, eines Komplexes, der damals noch ganz in der Hand der Verkäuferin, der Berne Land Company, war. Die Dienstbarkeit wurde gefertigt und der Nachbesitzerin des Marcuard, der heutigen Beklagten, ebenfalls durch Fertigung in rechtswirksamer Weise überbunden. In der Willenserklärung dieser beiden Käufer liegt der Titel, in der jeweilen erfolgten Zufertigung der Erwerbsakt, aus dem die Kläger Mürset und Wild die in der Servitut umschriebenen Rechte geltend zu machen befugt sind.

Die Aktivlegitimation dieser beiden Kläger zu der erhobenen konfessorischen Klage kann demnach mit Grund nicht verneint werden.

2. Anders aber liegt die Sache für den dritten Kläger, Albert Rätzer:

Dessen Liegenschaft bildet einen Teil desjenigen Grundstückes, das die A. G. Stallhof von G. Marcuard und dieser von der Berne Land Company erworben hat. Auf dieses *gesamte Grundstück* wurde beim Verkauf die in Frage stehende Servitut *zu Gunsten seiner Nachbargrundstücke* gelegt. Ebenso wurde bei Abteilung der heute dem Kläger Rätzer gehörenden Parzelle, beim Verkauf derselben durch die A. G. Stallhof an Gottfried Nacht, *dies abgeteilte Grundstück* wiederum mit der Servitut *belastet*. Nicht aber wurde bei dieser Abteilung, bei dieser Parzellierung des der A. G.

Digitized by Google

Stallhof gehörigen Terrains, auf den der Stallhofgesellschaft verbleibenden Rest, das heute der Beklagten noch gehörige Terrain, die fragliche Belastung *zu Gunsten der abgeteilten Parzelle* gelegt. Der Kläger zieht nun zwar aus der Tatsache, daß ja in den Titeln der Beklagten bereits die Servitut zu Lasten des Gesamtgrundstückes enthalten gewesen sei, sowie aus dem Umstand, daß die Dienstbarkeit als gegenseitige gedacht und gewollt gewesen sei, die Folgerung, daß sie bei Abteilung der Nacht-Rätzer'schen Parzelle und Belastung derselben mit der Servitut ohne weiteres auch zu Gunsten dieser Parzelle gegenüber dem Stallhofterrain Geltung erlangt habe. Allein dieser Schluß ist auf dem Boden des bernischen Rechtes nicht haltbar. Wohl ruhte die Servitut auf dem gesamten Stallhofgrundstück zu Gunsten des umliegenden Terrains; nicht aber war sie etwa latent vorhanden mit Bezug auf die in einer Hand vereinigten Teile des Stallhofkomplexes, so daß sie bei Parzellierung dieses Komplexes ohne weiteres als gegenseitige Servitut zu Gunsten und zu Lasten der einzelnen Parzellen ins Leben trat, wie nach Kohler (Beiträge zum Servitutrecht; Archiv für civilist. Praxis, Bd. 87, pag. 162 und 229) vom Standpunkte des gemeinen Rechtes unter den gegebenen Verhältnissen angenommen werden könnte. Vielmehr brauchte es zu ihrer Begründung nach bernischem Recht der *Willenserklärug* des Eigentümers der dienenden Parzelle, die in der *Fertigung* zu rechtswirksamer Form gelangte. Gefertigt wurde nun bloß eine Erklärung der Käufer Nacht und Rätzer, wonach ihr abgeteiltes Grundstück mit der Servitut *belastet* wurde. Nicht aber wurde seitens der Verkäuferin, der A. G. Stallhof, eine derartige Belastung für den ihr verbleibenden Rest zu Gunsten der abgetrennten Parzelle durch eine Willenserklärung, die gefertigt worden wäre, übernommen.

Danach muß dem Kläger die Aktivlegitimation zur Erhebung der in Frage stehenden actio confessoria abgesprochen werden und wird mit Bezug auf seine Person einzig zu prüfen sein, ob seine Klage gestützt auf Satzg. 380 C. G. B. gutgeheißen werden kann.

3. Vorerst soll jedoch untersucht werden, ob die zwei zur konfessorischen Klage legitimierten Kläger Wild und Mürset mit ihrer daherigen Klage geschützt werden können:

Inhalt und Art der in Frage stehenden dinglichen Belastung ergeben sich aus der in den Titeln des belasteten Grundstückes enthaltenen und gefertigten Vertragsbestim-

Digitized by Google

mung, die den Käufer verflichtet, „zu keinen Zeiten eine Wirtschaft einzurichten und zu betreiben, noch betreiben zu lassen, *noch ein Gewerbe auszuüben oder ausüben zu lassen, welches durch Lärm, üblen Geruch und dergleichen der Nachbarschaft lästig werden könnte*", wogegen dann die Errichtung von Pferdestallungen ausdrücklich als zulässig bezeichnet ist. Diese vertragliche Bestimmung nun ist in ihrer Tragweite nach den *Bedürfnissen* der im Eigentum der Kläger Wild und Mürset stehenden *herrschenden Grundstücke* zu bestimmen, wozu auch, wie bereits festgestellt wurde, bloße *Annehmlichkeitserfordernisse* zu rechnen sind. Nach diesen Bedürfnissen, die ja für das Maß der Ausübung einer Servitut maßgebend sind (vgl. Zeitschr. des bern. Jur.-Ver., Bd. 43, pag. 332 ff.), entscheidet sich die Frage, ob auf dem dienenden Grundstück ein Gewerbe betrieben werde, „das *der Nachbarschaft* durch Lärm, üblen Geruch u. drgl. *lästig fällt*".

Daß die in Frage stehende angebliche Belästigung auf den Betrieb eines *Gewerbes* zurückzuführen ist, kann, wie vorerst festgestellt werden soll, nach der Beweisführung einem Zweifel nicht unterliegen und wird von der Beklagten zu Unrecht verneint. Ist doch dargetan, daß der Mieter Maurer das Remisieren und Reparieren von Automobilen zu Erwerbszwecken dauernd betreibt, wobei er für sein Geschäft Reklame macht. Ein Gewerbe wird aber überall da betrieben, wo eine auf Erwerb gerichtete menschliche Tätigkeit von einer gewissen Dauer ausgeübt wird (vgl. Holtzendorff, Rechtslexikon, 3. Aufl., Bd. II, pag. 161), was nach dem Angeführten in casu der Fall ist. Daß im Gewerbegesetz vom 7. November 1849 ein Beruf, der demjenigen eines Autogarage etwa entsprechen möchte, wie die Stallhalterei, nirgends aufgezählt wird, ist natürlich irrelevant, indem das Gesetz keine abschließende Aufzählung aller Gewerbe enthält und deshalb aus der Nichtaufführung der Stallhalterei keineswegs geschlossen werden kann, das Gesetz zähle diesen Beruf nicht zu den Gewerben.

Bei der Beurteilung der Frage, ob in der Ausübung des im Stallhof betriebenen Gewerbes, wie sie sich aus der Beweisführung ergibt, eine Verletzung der in Rede stehenden Servitut gesehen werden muß, ist — wie gesagt — auf den Zweck, den diese Dienstbarkeit zu erfüllen hat, auf das Bedürfnis, zu dessen Befriedigung sie errichtet wurde, zurückzugehen und danach zu untersuchen, ob eine wesentliche

Digitized by Google

Beeinträchtigung der durch die Errichtung der Dienstbarkeit für die herrschenden Grundstücke geschaffenen Rechte in der Ausübung des fraglichen Gewerbes liege oder nicht.

Hiebei fällt in Betracht, daß die sämtlichen in Frage stehenden Grundstücke in einem Villenquartier liegen, dessen ganze Anlage schon den Bewohnern eine gewisse Garantie für *ein ruhiges und angenehmes Wohnen* bietet, *dessen Annehmlichkeiten in dieser Hinsicht* aber gerade durch die in Frage stehende, den Grundeigentümern gegenseitig auferlegte *Servitut gesichert werden sollten.* Und zwar muß diese Sicherung, wenn man die in Rede stehende Vertragsbestimmung vernünftig und *nach den Grundsätzen der bona fides* interpretiert, sich nicht nur auf die Ruhe innerhalb der geschlossenen Häuser, sondern auch auf das ruhige und ungestörte Bewohnen und Benutzen der im fraglichen Quartier beinahe zu jedem Haus gehörigen offenen Veranden und Gärten erstrecken. Ergeben sich daraus Gesichtspunkte, nach denen die Bestimmung über die Errichtung der fraglichen Servitut eher im Sinne ziemlich weitreichender Rechte der herrschenden Grundstücke auszulegen ist, so ist andrerseits daran festzuhalten, daß, wie nicht jede unwesentliche, so auch nicht jede vorübergehende Belästigung durch Lärm oder üblen Geruch als Verletzung dieser Rechte betrachtet werden könnte, indem schon aus dem Umstande, daß nach dem Wortlaute des Titels die durch den *Betrieb eines Gewerbes* entstehende Belästigung ausgeschlossen sein soll, auf eine gewisse Dauer und Kontinuität der auszuschließenden lästigen Handlungen geschlossen werden muß.

Nach dem Ergebnis der Beweisführung kann nun aber mit Bestimmtheit gesagt werden, daß eine derart erhebliche und dauernde Belästigung der Kläger, wie sie offenbar durch die Dienstbarkeit ausgeschlossen werden soll, als vorliegend gegeben erscheint, und zwar darf dies als objektiv und in allgemein gültiger Weise festgestellt gelten. Denn nicht nur haben eine ganze Reihe von Zeugen in durchaus übereinstimmender Weise ihre Eindrücke über das Maß und die Art der Belästigung wiedergegeben und dieselbe als erheblich, unangenehm und störend bezeichnet, sondern es finden sich in ihren Depositionen auch Anhaltspunkte durchaus objektiver Natur — die Feststellung, daß sich die Störung schon des Morgens und bis spät in die Nacht hinein geltend machte und daß der Wagenverkehr ein großer war — aus denen, in Verbindung mit der notorischen Tatsache, daß die

Digitized by Google

Automobile Lärm verursachen und einen unangenehmen Geruch verbreiten, sowie in Verbindung mit dem prozedürlich feststehenden Umstand, daß die Störung auf den Betrieb eines Gewerbes zurückzuführen ist, in objektiver, durchaus schlüssiger Weise auf die ungefähre Intensität der Belästigung geschlossen werden kann. Diese muß denn — vom Standpunkte der Annehmlichkeit aus — nach allem als eine keineswegs unerhebliche, sondern in der Tat beträchtliche und dauernde bezeichnet werden. So wie sich die Ausübung des fraglichen Gewerbes vorliegend darstellt, liegt mithin in ihr eine mit den Bestimmungen der Servitut im Widerspruche stehende Betätigung, deren Einstellung die Kläger Mürset und Wild *aus dem ihnen zustehenden Dienstbarkeitsrechte* mit Grund verlangen. Die beiden ersten Rechtsbegehren sind diesen beiden Klägern danach zuzusprechen.

4. Für den dritten der Kläger, Albert Rätzer, dessen Legitimation zur Erhebung der angebrachten actio confessoria nach dem im Vorstehenden Ausgeführten als nicht gegeben anzusehen ist, kommt die in der Klage eventualiter herbeigezogene Fundierung der beiden ersten Rechtsbegehren aus Satzg. 380 C. G. B. in Frage. Deren Begründetheit ist nunmehr zu prüfen:

Mit Unrecht hat die Beklagte hinsichtlich dieser Klage ihre Passivlegitimation bestritten. Sie muß, als Eigentümerin des Grundstückes, aus dessen Benutzung die behauptete Verletzung des Nachbarrechtes herrührt, mit der Klage aus Satzung 380 belangt werden können. (Vgl. Mbl., Bd. VIII, pag. 196; Seuff. A., Bd. XXXII, N° 15.)

Diese Klage setzt, da das Recht des Eigentümers nach dem bernischen Gesetze nur durch das *Recht* des Nachbars auf Benutzung seines Grundstückes beschränkt wird, einen Eingriff der Beklagten in die Rechtssphäre des nachbarlichen Klägers voraus und ein solcher ist, wie das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 26. Januar 1898 (A. S. Bd. XXIV², pag. 267) festgestellt hat, gegeben mit einer „Einwirkung auf das klägerische Grundstück, die das Maß des Gewöhnlichen, dessen, was die Erfordernisse eines geordneten und gedeihlichen Zusammenlebens und Wirkens zu dulden zwingen, übersteigt, sei es, daß die Intensität oder Häufigkeit der Einwirkung eine besonders lästige oder schädigende, oder daß die Benutzungsart selbst eine außergewöhnliche, die ordentliche Benutzung des Nachbargrundstückes beeinträchtigende sei". (Vgl. auch Mbl., Bd. VII, pag. 41; Zeit-

Digitized by Google

schr. des bern. Jur.-Ver., Bd. XXXVII, pag. 242, Bd. XXXIX, pag. 197 ff.; König, Kommentar zu Satzg. 380, pag 118; Seuff. A., Bd. 53, pag. 13.)

Frägt es sich danach vorliegend, ob der Kläger in der ordentlichen Benutzung seines Grundstückes in derart außergewöhnlicher Weise beeinträchtigt werde, daß die Beeinträchtigung als ein widerrechtlicher Eingriff in seine Rechtssphäre erscheint, eine Rechtssphäre, die in der Eigentümerbefugnis rücksichtlich des eigenen Grundstückes ihre Grenzen findet und nicht etwa durch *Dienstbarkeitsrechte* auf das Nachbargrundstück ausgedehnt ist, so muß die Frage verneint werden. Ist auch festgestellt — was für das Grundstück des Klägers Rätzer ebenfalls gelten muß — daß die Annehmlichkeit des Wohnens durch das auf dem Grundstück des Beklagten betriebene Gewerbe beeinträchtigt wird, so handelt es sich dabei doch nicht um Einwirkungen, die ein geordnetes nachbarliches Zusammenleben in Frage stellen, oder an sich und überhaupt die Benutzung der klägerischen Liegenschaft zum Wohnen ernstlich erschweren könnten. Es handelt sich bloß um den Wegfall einer *Annehmlichkeit*, die zu sichern es aber eben der Konstituierung besonderer Rechte bedürfte und deren Bestand und rechtliche Unantastbarkeit sich nicht allein aus der Befugnis des Klägers, sein Grundstück als Eigentümer im nachbarlichen Verbande zu benutzen, ergibt. In der *Benutzung*, bezw. Vermietung des Stallhofes durch die Beklagte zum Betriebe des fraglichen Gewerbes liegt vom Standpunkte des Nachbarrechtes aus nicht ein Eingriff in die Rechte der Kläger, nicht ein Ueberschreiten der dem Eigentümer durch die Satzg. 380 C. G. B. gesteckten Grenzen, sondern eine Ausübung des Eigentumsrechtes innerhalb derselben. Danach ist die Klage des Albert Rätzer, soweit sie auf Satzg, 380 C. G. B. fußt, als unbegründet abzuweisen.

5. In ihrem dritten Rechtsbegehren verlangen die drei Kläger Wild, Mürset und Rätzer, gestützt auf Art. 50 ff. O. R., Ersatz des Schadens, der ihnen dadurch entstanden sei, daß die Beklagte auf ihrem Grundstücke den Betrieb eines Autogarages gestatte.

Allein es ist festgestellt worden, daß die Kläger einen Schadensnachweis bezüglich der Entwertung ihrer Liegenschaften gar nicht versucht haben, indem sie das hiezu einzig angerufene Beweismittel der Sachverständigen fallen ließen; daß sie aber bezüglich der behaupteten Einbuße an Miet-

Digitized by Google

zinsen jedenfalls den Kausalzusammenhang zwischen dem Gewerbebetrieb auf dem Grundstück der Beklagten und ihrem Schaden nicht nachzuweisen vermochten, Abgesehen hievon müßten aber die Schadenersatzansprüche der Kläger auch deshalb abgewiesen werden, weil ein *Verschulden* der Beklagten nicht dargetan ist. Da nämlich das schuldhafte Handeln der Beklagten nach der Substantiierung der Klage einzig in der Gestattung des angefochtenen Gewerbebetriebes bestehen soll, so ist einmal gar nicht einzusehen, worin ein Verschulden — und eine Rechtswidrigkeit — gegenüber dem Kläger Rätzer bestehen könnte, dessen Beanstandung des fraglichen Gewerbes sich als unbegründet herausgestellt hat. Aber auch den Klägern Wild und Mürset gegenüber kann von einem Verschulden der Beklagten nicht gesprochen werden, indem bei der Ungewißheit, die über die Rechtsansprüche der Kläger herrschte und herrschen konnte, ein fahrlässiges Handeln darin nicht gesehen werden kann, daß die Beklagte entgegen den Zumutungen der Kläger ihren Standpunkt aufrecht erhielt und den Gewerbebetrieb weiterhin gestattete.

9. Art. 862, Al. 2 O. R., Begriff des „Bauwerkes“: Eine für zwei Häuser berechnete Wasserleitung ist kein Bauwerk im Sinn der zitierten Gesetzesstelle.

Friedrich Olivier ca. Edwin Leist.
10. April 1907. (I. Abteilung.)

Aus den Entscheidungsgründen:

Handelt es sich demnach in der Tat um einen Werkvertrag, so fragt es sich nach dem Gesagten bloß noch, ob man es nicht mit einem Bauwerke zu tun habe und deshalb nach Art. 362, Al. 2 O. R. die Klage des Bestellers erst nach fünf Jahren seit der Abnahme verjähre.

Unser Obligationenrecht gibt für den Begriff Bauwerk, wie er in Art. 362, Al. 2 O. R. gebraucht wird, nirgends eine nähere Umschreibung und man ist daher zur Formulierung dieses Begriffes völlig auf den herrschenden Sprachgebrauch angewiesen. Und da ist nun vor allem klar, daß der Begriff Bauwerk ein weiterer ist, als der Begriff Gebäude, wie er zum Beispiel in Art. 67 O. R. (auf welchen Hafner in Anmerkung 4 zu Art. 362 O. R. verweist), verwendet wird. Wenn auch jedes Gebäude ein Bauwerk ist, so ist doch nicht jedes Bauwerk ein Gebäude. So wird eine

Digitized by Google

Bahnanlage, eine Brücke, ein Viadukt u. drgl. die Bezeichnung „Bauwerk", nicht aber „Gebäude" verdienen.

Es ist auch nicht völlig zutreffend, mit dem deutschen Reichsgerichte (vrgl. Seufferts Archiv Bd. 59, S. 395 f.) unter Bauwerk „eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache" zu verstehen; denn es würde dem Sprachgebrauche sicherlich widersprechen, z. B. einen Steg, ein Gartenhäuschen, eine einfache Mauer etc. als Bauwerk zu bezeichnen.

Es erscheint daher als notwendig, in der vom deutschen Reichsgerichte gegebenen Umschreibung des Bauwerkes die Einschränkung zu treffen, daß ein Werk nur dann als Bauwerk angesehen wird, wenn es auch eine gewisse räumliche Ausdehnung und, damit verbunden, eine gewisse finanzielle Bedeutung besitzt. In welchem Maße indessen diese beiden Erfordernisse vorhanden sein müssen, ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen. Nur wenn man diese Einschränkung trifft, hat es einen Grund, den Besteller eines Bauwerkes durch eine besonders lange Verjährungsfrist zu schützen und zwar einmal deshalb, weil eine Prüfung, wie es bei den andern Werken möglich ist, bei größeren, als Bauwerk bezeichneten Werken nicht wohl angeht, und dann auch deshalb, weil die finanzielle Tragweite des Bauwerkes einen besondern Schutz des Bestellers erheischt und rechtfertigt.

Geht man in casu von dieser Begriffsbestimmung aus, so unterliegt keinem Zweifel, daß eine für zwei Häuser berechnete Wasserleitung nicht unter den Begriff Bauwerk fallen kann. Hieraus folgert nach dem Gesagten, daß nach Art. 362, Al. 1 und Art. 257 O. R. die einjährige Verjährungsfrist Platz zu greifen hat und somit die vorliegende Klage verjährt ist.

10. Liquidierung zweiseitiger Verträge im Konkurse des einen Vertragskontrahenten. (Art. 211 B. u. K.)

Kistenfabrik Zug, A. G. ca. Emanuel Rohrer.
12. April 1907. (II. Abteilung.)

Aus den Entscheidungsgründen:

2. Nach den Anbringen der Klage sub. Ziffer XVIII und XIX und der Konkurseingabe kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Klägerin aus Kaufvertrag klagt und in der Hauptsache wenigstens dessen Erfüllung verlangt. In den

Digitized by Google

angeführten Klagsanbringen nämlich spricht sich die Klägerin dahin aus, sie verlange: „Daß die Beklagte die gekauften Kisten auf Grund ihrer Bestellung beziehe und bezahle. Die Kistenfabrik sei auch heute noch bereit, zu liefern und biete hiermit die Lieferung an."

Dabei wird nicht etwa behauptet, die Konkursverwaltung sei in den Vertrag eingetreten, sondern es wird im Gegenteil geltend gemacht, sowohl der Gemeinschuldner als die Konkursverwaltung habe die Erfüllung des Vertrages abgelehnt, was in der Tat auch den Tatsachen entspricht.

Es kann sich somit vorliegend nicht darum handeln, zu prüfen, ob die Konkursverwaltung kraft Eintrittes in den behaupteten Kaufvertrag zu erfüllen, bezw. gegen die Leistung des Kaufsobjektes die Kaufpreisforderung als Massaschuld anzuerkennen habe, sondern es ist vielmehr die Frage zu entscheiden, ob die Konkursverwaltung trotz Nichteintrittes in den Vertrag die Kaufpreisforderung als Konkursforderung im Kollokationsplane zuzulassen habe, wenn vom Verkäufer die Erfüllung angeboten wird.

Diese Frage führt zur Erörterung der Ordnung, welche unser Konkursgesetz für noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge im Falle des Konkurses des einen Vertragskontrahenten vorsieht.

In dieser Beziehung ist vorab festzustellen, daß sowohl unser Obligationenrecht (Art. 96), als unser Betreibungs- und Konkursgesetz (Art. 211) in einem solchen Falle dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners nicht zumutet, daß er schlechthin erfülle, sondern beide Gesetze berechtigen ihn, nur gegen Sicherstellung zu leisten. Will er nun aber, wie hier, ohne Sicherstellung erfüllen, so frägt es sich, ob er hiezu berechtigt sei und — im Falle des Kaufvertrages — gegen Leistung des Kaufsobjektes Anspruch auf eine dem Kaufpreise entsprechende Konkursdividende erheben dürfe.

Maßgebend ist nach dieser Richtung der bereits zitierte Artikel 211 B. u. K.

In dieser Gesetzesvorschrift wird zunächst in Alinea 1 der Grundsatz niedergelegt, daß im Konkurse Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, in Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt werden. „Indessen", fährt dann das Gesetz in Alinea 2 fort, hat die Konkursverwaltung das Recht, die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen, in welchem Falle aber der Gläubiger berechtigt ist, für die Erfüllung Sicherheit zu verlangen.

Digitized by Google

Frägt es sich, wie diese Gesetzesstelle auszulegen sei, so ist von ausschlaggebender Bedeutung, daß Alinea 2, wie durch das Wort „indessen" hervorgeht, in Abweichung von Alinea 1 festsetzen will, die Konkursverwaltung könne die Erfüllung anbegehren, wenn sie auf Verlangen des Gläubigers Sicherheit leiste. Und zwar setzt, wie keinem Zweifel unterliegen kann, Alinea 2 dies fest für zweiseitige Verträge, bei denen noch kein Vertragsteil erfüllt hat. Eine solche Gegenüberstellung der allgemeinen Regel des Alinea 1 gegenüber dem Alinea 2 hätte nun aber keinen Sinn, wenn nicht angenommen würde, das Schicksal der noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträge habe, wenn nicht die Ausnahme des Alinea 2 zutreffe, durch Alinea 1 geregelt werden wollen. Nur wenn davon ausgegangen wird, läßt sich erklären, warum das Gesetz die Bestimmung des Alinea 2 als eine Spezialvorschrift gegenüber der allgemeinen Regelung in Alinea 1 habe erscheinen lassen wollen.

Faßt man die hier zu entscheidende Frage von dieser Auslegung aus ins Auge, so ergibt sich, da der Anspruch des Verkäufers gemäß Art. 260 O. R. nicht allein auf Bezahlung des Kaufpreises, sondern auch auf Annahme des Kaufsobjektes seitens des Käufers gerichtet ist, und die Konkursverwaltung von dem ihr in Alinea 2 des Art. 211 B. u. K. eingeräumten Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, daß dem Verkäufer mit Rücksicht auf Art. 211, Alinea 1 B. u. K. ein Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages nicht mehr zusteht. Sein Erfüllungsanspruch wandelt sich vielmehr, wie dies namentlich auch aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 211 B. u. K. deutlich hervorgeht, in einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, in das sog. Erfüllungsinteresse um, für welches der Verkäufer einzig im Kollokationsplane angewiesen werden kann. (Vgl. Revue der Gerichtspraxis XXI N° 39, XXV N° 8; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes 1. Auflage, S. 133/134.)

Diese Lösung entspricht denn auch der Natur des der Gläubigergemeinschaft auf das Vermögen des Schuldners zustehenden Beschlagrechts. Dasselbe ergreift alles, was im Moment der Konkurseröffnung im Vermögen des Gemeinschuldners sich befindet. (Art. 197 B. u. K.)

Hinsichtlich der bloß *obligatorischen* Ansprüche des Gemeinschuldners steht jedoch der Masse das Recht des *Verzichts* auf das Beschlagsrecht zu (Art. 211 B. u. K.) und in diesem Falle kann der Gegenkontrahent die Masse nicht zwingen,

Digitized by Google

das Beschlagsrecht auch auf seine Leistung auszudehnen, sondern er ist auf die Geltendmachung des Erfüllungsinteresses beschränkt (vgl. Kohler, Konk.-Recht, 2. Aufl., pag. 94).

3. Geht man von diesen Grundsätzen aus, so fällt, wie aus der angeführten Konkurseingabe hervorgeht, in Betracht, daß die Klägerin heute einerseits den Kaufpreis für die angeblich bestellten Sammelkistchen (Fr. 1522. 55) und anderseits einen Lagerzins (Fr. 486. —) verlangt.

Was den erstern Anspruch betriff, so kann keinem Zweifel unterliegen, daß damit ein Erfüllungsanspruch und kein Schadenersatzanspruch geltend gemacht wird. Da aber nach dem Gesagten vorliegend nur ein Schadenersatzanspruch geschützt werden könnte, so ist, weil nicht etwas anderes zugesprochen werden kann, als verlangt wird, zum vornherein klar, daß die Klägerin mit ihrem diesbezüglichen Begehren abgewiesen werden muß, ganz abgesehen davon, daß nach dieser Richtung alle und jede Anhaltspunkte zur Bestimmung des Erfüllungsinteresses fehlen würden.

Der Lagerzins dagegen wird gefordert, weil die bestellten Kistchen in vertragswidriger Weise nicht bezogen worden seien. Hier wird somit ein Teil des Schadens geltend gemacht, welcher der Klägerin durch die Nichterfüllung des behaupteten Vertrages erwachsen sei.

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

11. Beleidigung einer Mehrheit von Personen mittelst einer Kollektiväusserung.

Für die Frage, ob eine Kollektiväusserung die Beleidigung einer Einzelperson enthalte, kommt es nicht darauf an, dass die letztere individuell bestimmt aus dem Wortlaute direkt ersichtlich ist, es genügt vielmehr, dass sie sich auf dem Wege von Schlussfolgerungen derart ermitteln lässt, dass über ihre Zugehörigkeit zu den Betroffenen kein Zweifel obwaltet.

Der Animus injuriandi gehört nicht zum Vorsatz des Ehrbeleidigungsdeliktes.

Wahrung berechtigter Interessen.

Polizeikammer, i. S. Ulrich Dürrenmatt, wegen Ehrverletzung, vom 31. Mai 1907.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen:

„I. Das gegen Redaktor Ulrich Dürrenmatt durchgeführte Strafverfahren hat in *tatsächlicher Hinsicht* folgendes Resultat gehabt:

Durch die Aussagen der Zeugen Dr. König, v. Fischer und v. Wurstemberger, in Verbindung mit der eigenen Darstellung des Angeschuldigten, steht fest, daß der letztere an der Fraktionsversammlung der konservativen Partei vom 25. September 1906 im Café Peschl nach einem Referat des Dr. König über die Frage der Subvention der Brienzerseebahn erklärte, es freue ihn, daß von Seiten seiner Gesinnungsgenossen in dieser Weise zu der Vorlage Stellung genommen werde, er habe in letzter Zeit den Glauben an seine Fraktionsgenossen verloren, namentlich da einige derselben *bei dem Lötschbergschwindel mitmachen;* von Herrn König, der als Befürworter des Lötschbergunternehmens über die Bemerkung des Angeschuldigten in Aufregung geriet, zu näherer Aussprache aufgefordert, erklärte nun Redaktor Dürrenmatt, *er betrachte es als Schwindel, daß man mit den Subscriptionsscheinen ein Kärtchen verschicke, auf welchem die bestehende Eisenbahnlinie Burgdorf-Thun und die im Bau begriffene Weissensteinbahn nicht eingezeichnet sei, wohl aber eine Münster-Grenchen-Bahn.* Im fernern wies der Angeschuldigte darauf hin, *daß es ungehörig sei, von den einzelnen Gemeinden Subventionsaktien zeichnen zu lassen, während doch laut notarialischer Urkunde sämtliche Aktien bereits bei der konstituierenden Sitzung gezeichnet worden seien und es sich daher nur um Uebernahme von durch Drittpersonen bereits gezeichneten Aktien handeln könne.* Es darf auch als bewiesen angenommen werden, daß der Angeschuldigte in seiner Erklärung bemerkte, er wolle niemanden als Schwindler bezeichnen. Dies ergiebt sich aus den übereinstimmenden Depositionen der Zeugen Burren und Wälchli, deren Glaubwürdigkeit nach den in den Akten enthaltenen Angaben nicht in Zweifel gezogen werden kann.

II. Dieses Beweisergebnis ist in *rechtlicher Hinsicht* wie folgt zu würdigen:

1. In erster Linie muß festgestellt werden, daß das Beweisverfahren den Nachweis für die in der Strafanzeige eingeklagte Aeußerung, das ganze Lötschbergunternehmen sei überhaupt ein Schwindel, nicht erbracht hat, daß aber die Kläger im Termine vom 22. Dezember 1906 ihren

Digitized by Google

Strafantrag auf „alle im Beweisverfahren namhaft gemachten ehrverletzenden Aeußerungen", also auch auf den vom Gerichtshof als erwiesen erachteten Tatbestand ausgedehnt haben.

2. Die durch das Beweisverfahren festgestellte Aeusserung des Angeschuldigten charakterisiert sich nach der Auffassung der Polizeikammer als eine *ehrenkränkende* Kundgebung. In dieser Hinsicht braucht das Gericht nicht auf den Sprachgebrauch des Ausdruckes „Schwindel" in deutschen und bernischen Landen näher einzugehen, hat doch der Angeschuldigte nicht diesen Ausdruck allein gebraucht, sondern in unzweideutiger Weise erklärt, was er als Schwindel bezeichne. Die Aeußerung des Angeschuldigten, er betrachte es als Schwindel, daß man mit den Subscriptionsscheinen ein Kärtchen verschicke, auf welchem bestehende Eisenbahnlinien nicht eingezeichnet seien, wohl aber eine Münster-Grenchen-Bahn, enthält eine *Beschuldigung*, der Angeschuldigte erhebt damit den Vorwurf, man habe durch ein unreelles Vorgehen die Interessenten zur Aktienzeichnung bewegen wollen, m. a. W. man habe die Interessenten durch die unrichtige Angabe, daß durch die Münster-Grenchen-Bahn eine direkte Zufahrt von Nordfrankreich und Belgien zum Lötschberg hergestellt sei, hinters Licht geführt. Die zweite Behauptung des Angeschuldigten schließt die Beschuldigung, man habe die bernischen Gemeinden durch unrichtige Angaben zur Subscription bewegen wollen, in sich.

Die Aeußerungen des Angeschuldigten enthalten somit den Vorwurf einer illoyalen Handlungsweise, nicht aber den Vorwurf einer strafbaren oder verächtlich machenden Handlung. Es kann sich also nicht um den Tatbestand der Verleumdung handeln, wohl aber liegt das in Art. 178 St. G. für die Ehrverletzung aufgestellte Tatbestandsmerkmal der Schwere vor. Die Anschuldigung, man habe die Interessenten in einen gewissen Irrtum zu versetzen gesucht um sie zur Aktienzeichnung zu bewegen, muß als Vorwurf einer ehrrührigen Handlungsweise bezeichnet werden. Es liegt auch das Moment der Oeffentlichkeit vor, da die Aeußerungen in Gegenwart mehrerer Personen erfolgten.

Es erhebt sich die Frage, gegen wen sich der Angriff des Angeschuldigten richtete, ob eine bestimmte Person, ein bestimmter Personenkreis, insbesondere die heutigen vier Kläger damit in ihrer Ehre getroffen wurden.

Wie von der Polizeikammer bereits wiederholt angenommen wurde (vgl. Urteil i. S. Jakob Schütz vom 8. Ok-

Digitized by Google

tober 1904, Zeitschrift des bern. J. V., Bd. XLI, S. 331), kann eine Mehrheit von Personen unter einer Kollektivbezeichnung beleidigt werden, wenn durch dieselbe bestimmte Individualpersonen erkennbar werden und der Ausdruck nicht nur einen unbestimmten Personenkreis umfaßt. Für die Frage aber, ob eine Kollektiväußerung die Beleidigung einer Einzelperson enthalte, kommt es nicht darauf an, daß die letztere individuell bestimmt aus dem Wortlaute direkt ersichtlich ist, es genügt vielmehr, daß sie sich auf dem Wege von Schlußfolgerungen derart ermitteln läßt, daß über ihre Zugehörigkeit zu den Betroffenen kein Zweifel obwaltet. Das Reichsgericht hat in konstanter Praxis die nämliche Auffassung vertreten (vgl. Urteil des II. Strafsenates des Reichsgerichts vom 3. Nov. 1882, Ohlshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nr. 11 *b* zu § 185, Stenglein, Lexikon des dt. Strafrechts, I. Bd., S. 313). Die Aeußerungen des Angeschuldigten haben nun aber notwendigerweise auf Diejenigen Bezug, welche mit der Einladung zur Aktienzeichnung zu tun hatten, diejenigen Personen, welche um die Finanzierung des Lötschbergunternehmens bemüht waren, werden als Männer hingestellt, welche die Interessenten in einen Irrtum versetzten um sie zur Subscription zu bewegen. Als diese Personen konnten im Zeitpunkt des eingeklagten Vorfalles nur diejenigen in Betracht kommen, welche an der Spitze des Unternehmens standen, vor allem also die Mitglieder des engern Initiativkomitees, welchem auch die vier Kläger angehörten. Diese Beziehungen der Kläger zum Lötschbergunternehmen waren dem Angeschuldigten wie allen bei der Fraktionsversammlung Anwesenden bestens bekannt. Die vom Beleidiger gewählte Bezeichnung trifft alle Personen, welche in jenem Zeitpunkte den leitenden Kreisen der Berner Alpenbahn angehörten. Eine jede dieser Personen ist beleidigt und zur Strafklage berechtigt, somit auch die vier Kläger. Es ist unrichtig, wenn die Verteidigung behauptet, der Personenkreis, der bei der vorliegenden Kollektivbezeichnung in Frage kommen kann, sei zu groß, als daß bestimmte Einzelpersonen erkennbar wären, es können einzig die Personen, die im Sommer 1906 an leitender Stelle mit der Finanzierung bemüht waren, durch die Kollektivbezeichnung getroffen sein, nicht aber die technischen oder weitern Kreise der Unternehmung.

Die Aeußerungen des Angeschuldigten charakterisieren sich somit als Ehrverletzungen im Sinne von Art. 178 St. G.,

Digitized by Google

indem sie die vier Kläger einer ehrrührigen Handlungsweise beschuldigen.

3. Es muß angenommen werden, daß diese Kundgebung in Bewußtsein ihrer ehrenkränkenden Natur erfolgt ist. Es unterliegt keinem Zweifel, daß Herr Dürrenmatt sich sagen mußte, daß die Worte, welche er gegen die mit der Finanzierung des Unternehmens betrauten Personen gebrauchte, die Ehre aller dieser Personen, somit auch der heute als Kläger auftretenden ehemaligen Mitgliedern des engern Lötschbergkomitees verletzten. Dies genügt aber nach Theorie und Praxis zur Annahme des Vorsatzes; der animus injuriandi gehört nicht zum Vorsatz des Ehrbeleidigungsdeliktes, er geht vielmehr darüber hinaus, da er den Zweck der Aeußerung, die ehrbeleidigende Wirkung betrifft.

4. Es bleibt zu untersuchen, ob der vorsätzlichen ehrenkränkenden Kundgebung des Angeschuldigten auch das Moment der *Rechtswidrigkeit* innewohne.

Der erstinstanzliche Richter hat mit Recht angenommen, daß der Angeschuldigte bei den Bemerkungen über das den Subskriptionsscheinen beigelegte Kärtchen nicht über die Grenzen einer erlaubten Kritik hinausgegangen sei. Das Kärtchen entspricht in der Tat der Wirklichkeit nicht, es bietet kein wahrheitsgetreues Bild der bernischen Verkehrsverhältnisse. Mit den unrichtigen Angaben verfolgte man offensichtlich den Zweck, dem Lötschbergprojekte neue Freunde zuzuführen, insbesondere in Nordfrankreich. Eine solche Art Reklame mag nun bei einem Privatunternehmen als nicht außergewöhnlich erscheinen und das Maß des Erlaubten nicht übersteigen. Bei Unternehmungen aber wie der Lötschberg eines ist, wo das öffentliche Interesse in hohem Maße beteiligt ist, muß ein strengerer Maßstab angelegt werden, auch wenn es sich um eine bloß geschäftliche Maßnahme handelt. Diejenigen, die an der Spitze des Unternehmens sind, stehen dem ganzen Bernervolke gegenüber, welches verlangen kann, daß in einer für seine Interessen so hochwichtigen Frage streng reell vorgegangen wird. Der Angeschuldigte, der wie jeder Staatsbürger das Recht hatte, die Lötschbergfrage einer Kritik zu unterwerfen, ist deshalb mit der Bezeichnung, die er bezüglich des Kärtchens gebrauchte, nicht zu weit gegangen. Die Aeußerung kann nicht als rechtswidrig und demnach auch nicht als strafbar angesehen werden, da weder bezüglich der Form noch bezüglich der Umstände, unter welchen dieselbe erfolgte, die

Digitized by Google

Grenzen des Erlaubten überschritten worden sind. Der Angeschuldigte konnte sich zudem als Vertreter des Staates im Verwaltungsrat der Weißensteinbahn zu einer Kritik des Kärtchens noch als besonders berufen halten.

Anders verhält es sich mit dem zweiten Punkte der Kritik bezüglich der Finanzierung des Lötschbergunternehmens.

Das Vorgehen der leitenden Kreise war durchaus gerechtfertigt, sowohl die Schritte, welche sie taten, um die Gründung der Aktiengesellschaft zu ermöglichen (Garantie der französischen Kapitalisten für den Fehlbetrag), als auch die nachherige Einladung der bernischen Gemeinden zur Uebernahme des fehlenden Aktienkapitals. Durch die Bezeichnung der vorgenommenen Finanzoperationen als Schwindel hat Herr Dürrenmatt die Grenzen der jedem Staatsbürger zustehenden Kritik öffentlicher Angelegenheiten in erheblichem Maße überschritten. Diese Form der Kritik mußte verletzen, sie hat denn auch in den Kreisen der an der Fraktionssitzung anwesenden Gesinnungsgenossen des Angeschuldigten sehr befremdet und Entrüstung hervorgerufen (vgl. die Aussagen des Herrn Reg.-Rat v. Wattenwyl und des Herrn Dr. König). Der Vorderrichter hat mit vollem Recht darauf hingewiesen, daß die Gestattung einer derartigen Kritik nichts anders bedeuten würde, als die Erklärung: jedem Bürger ist es erlaubt, Operationen der Regierung, die er nicht sofort versteht, als Schwindel in der vom Angeschuldigten gewählten Bedeutung dieses Wortes zu bezeichnen. Dem Angeschuldigten wäre es, insbesondere in seiner Stellung als Mitglied des Großen Rates, ein Leichtes gewesen, sich bei der zuständigen Stelle über die tatsächlichen Verhältnisse zu erkundigen, er hat denn auch *am Tage nach der Fraktionssitzung* — am 26. September 1906 — im Großen Rate eine Interpellation eingereicht, womit er im besondern auch über folgende Fragen Auskunft verlangte: „1. Warum werden die Gemeinden sämtlicher bernischer Landesteile um Zeichnung von Subventionsaktien angegangen, trotzdem nach notarialischer Beurkundung der konstituirenden Aktionärversammlung das Aktienkapital für den Lötschberg vollständig gezeichnet und das gesetzliche Betreffnis von 20 % einbezahlt ist? 2. Hat die Regierung Kenntnis von der Tatsache, daß in der Eisenbahnkarte über die Zufahrtslinien des Lötschberg, welche dem Prospekt zur Aktienzeichnung für dieses Unternehmen beigelegt war, die

Digitized by Google

vom Kanton Bern subventionierten Linien Solothurn-Münster, die Emmenthalbahn und die Burgdorf-Thun-Bahn ausgemerzt, dafür aber das durch das bernische Subventionsgesetz nun ausgeschlossene und gar nicht finanzierte Projekt Münster-Grenchen als Zufahrtslinie eingezeichnet war, und welche Stellung nimmt die Regierung zu einem solchen Vorgehen ein?" (vgl. Tagblatt des Großen Rates, Jahrgang 1906, S. 397 u. 398). Diese Erkundigung wäre dem Angeschuldigten aber auch vor seiner Kritik möglich gewesen.

Der Angeschuldigte muß demnach wegen dieser Aeußerung schuldig erklärt werden der einfachen Ehrverletzung zum Nachteil der HH. Hirter, Kunz, Könitzer und Bühler."

Justiz-Entscheide des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*, Bern.

---

10. Der Streit darüber, ob ein Grundbesitzer verpflichtet ist die Kosten einer Vermessung zu bezahlen, welche eine Gemeinde auf Grundlage des Gesetzes über das Vermessungswesen vom 18. März 1867 vorgenommen hat, ist öffentlichrechtlicher Natur.

Obergericht, 22. Juni 1907, Kompetenzstreitsache zwischen J. Lemp und der Einwohnergemeinde Aegerten.

Aus den Entscheidungsgründen:

„3. Aus dieser Vernehmlassung ergibt sich, daß der eingeklagte Betrag sich auf Kosten bezieht oder beziehen soll, die aus der Vermessung der Gemeinde Aegerten, welche diese auf Grundlage des Gesetzes über das Vermessungswesen vom 18. März 1867 vorgenommen hat, entstanden sind. Ob dies wirklich zutrifft, ist nun aber ohne Zweifel eine Frage des öffentlichen Rechtes, ebenso wie es eine Frage des öffentlichen Rechtes ist, ob die Einwohnergemeinde Aegerten berechtigt war, diese Kosten durch Gemeindebeschluß vom 8. Mai 1904 auf das Land zu verteilen. Fragliche Kosten bilden somit einen Betrag, welchen der Impetrant Lemp, wenn er ihn überhaupt schuldet, nicht schuldig ist infolge eines civilrechtlichen Vertrages oder einer aus der Civilgesetzgebung entspringenden Verpflichtung, sondern aus

Digitized by Google

seiner Stellung als Grundeigentümer im Verhältnis zur Allgemeinheit, bezw. zu den übrigen Gemeindegenossen."

Bemerkung. Der Regierungsrat hat diesem Entscheide am 4. Juli 1907 zugestimmt.

11. Für die Vollstreckung eines deutschen Civilgerichtsurteiles ist nicht das Rechtsöffnungsverfahren einzuschlagen, sondern das Exequatur nach § 888, Al. 2 C. P. einzuholen. Das Exequatur wird nicht erteilt, wenn das Urteil teilweise gegenstandslos geworden und teilweise gleichzeitig im Ausland in Vollziehung gesetzt worden ist.

Appellations- und Kassationshof, II. Abteilung, 22. Juni 1907, Exequaturgesuch der Erbschaft der Marie Kern.

Entscheidungsgründe:

„1. Da das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nur die Vollstreckung von solchen Urteilen aus solchen fremden Staaten regelt, mit denen ein Staatsvertrag über gegenseitige Vollziehung gerichtlicher Urteile besteht (vide Reichel Art. 81, Anmerk. 6 *b*, pag. 84), ein solcher Vertrag aber mit Bezug auf Urteile deutscher Gerichte nicht besteht, so ist auf das vorliegende Exequaturgesuch einzutreten.

2. Abgesehen nun von der Frage des Gegenrechtes (vgl. Zeitschr. des bern. Juristenvereins Bd. 41, S. 252, 254; Bd. 41, S. 169) und sodann auch von der weitern Frage, ob der Gesuchsteller, Gustav Kern, unter dem Ausdruck „Erbschaft der Marie Kern" eine hereditas iacens, oder aber die Erben der Marie Kern verstanden wissen will (vide Seiffert D. C. P. pag. 65), kann dem Exequaturgesuche aus folgenden Gründen nicht entsprochen werden:

a) Soweit das Urteil des II. Civilsenates des Grossherzogl. Oberlandesgerichtes zu Karlsruhe vom 25. IX. 1891 in Dispositiv 1 den Beklagten zur Sicherstellung eines Rentenkapitals von 15,000 Mk. verurteilt, ist das Urteil durch den im Jahre 1906 erfolgten Tod der Klägerin Marie Kern gegenstandslos geworden, indem die sicherzustellende Rente mit diesem Momente erlosch. Für ihre Erben könnte somit höchtens ein Anspruch auf Bezahlung vorher verfallener und nicht bezahlter Rentenbeträge bestehen. Ueber diesen Punkt liegt jedoch kein Urteil vor. (Vgl. § 397, Ziff. 2 P.)

b) Soweit das Urteil in Dispositiv 2 den Beklagten zur Bezahlung von Mk. 7401. 27 damals rückständiger Renten-

Digitized by Google

beträge verurteilt, ist dasselbe, wie aus der beklagtischerseits produzierten Pfändungsurkunde vom 28. IX. 1906 und der Bescheinigung des Grundbuchamtes Mannheim vom 6. X. 1906 hervorgeht, in Vollziehung gesetzt worden und es ist daher eine gleichzeitige Vollziehung im Kanton Bern unzulässig (vide § 397, Ziff. 1 P. und Monatsblatt für bern. Rechtsprechung IV, pag. 273). Die übrigen Einwände der Gegenpartei, sich beziehend auf die Vollmachtsbeglaubigung, die Rechtskraft und Zustellung des Urteils und die Verjährung des Anspruches brauchen daher nicht weiter erörtert zu werden."

Aus der Praxis der Kriminalkammer.

Referent: *Arist Rollier*, Kammerschreiber, Bern.

1. *Auslegung des Art. 221 Str. G.*

Ist bei qualifizierten Unterschlagungen (Art. 220 Str. G.) im Betrage von über Fr. 800.— der Wert der unterschlagenen Sache sofort vollständig ersetzt worden, so hat das Gericht nicht bloss die Wahl zwischen Zuchthausstrafe und gänzlicher Straflosigkeit, sondern kann auch auf Korrektionshausstrafe oder Gefängnis erkennen.

a) *Korrektionshausstrafen* in solchen Fällen wurden ausgesprochen: Assisenhof II, i. S. *Rudolf Kämpfer*, vom 9. Juni 1903; Assisenhof III, i. S. *Johann Samuel Leuenberger*, vom 23. April 1907; Assisenhof I, i. S. *Anton Schmid*, vom 21. Dez. 1907; Assisenhof II, i. S. *Friedrich Heiniger*, vom 6. Juli 1905 (mit Umwandlung in Einzelhaft); vgl. ferner Urteil i. S. *Alfred Matti*, Assisenhof I, vom 3. Dez. 1907.

b) *Gefängnisstrafen* wurden gefällt: Assisenhof II, i. S. *Rosa Ida Kluftinger*, vom 6. Juli 1906; Assisenhof II, i. S. *Emil Weibel*, vom 19. Februar 1907.

Aus den Motiven i. S. Emil Weibel:

„...Von der Verteidigung ist nun der Standpunkt eingenommen und durch Berufung auf die Praxis bei den Amtsgerichten des Kantons und der Polizeikammer zu stützen versucht worden, daß es im Falle der Anwendung des Art. 221 Str. G. nur zwei Möglichkeiten gebe: Entweder gänzliche Strafloserklärung; oder aber Aussprechung der speziell angedrohten Strafe für den jeweilen vorliegenden

Digitized by Google

Fall. Diese Auffassung kann von der Kriminalkammer nicht geteilt werden. Es ist vielmehr, a minori ad majus, Art. 221 Str. G. so zu interpretieren, daß der Richter, falls er Gründe hat, einen Angeklagten nicht völlig straflos ausgehen zu lassen, nicht gezwungen ist, die volle Härte des Gesetzes anzuwenden, sondern unter Umständen auch auf eine geringere Strafart herabgehen darf. Wenn ein Richter sogar unter Umständen *gänzliche Straflosigkeit* eintreten lassen darf, so darf er auch auf eine mildere Strafe erkennen, als die gesetzlich für den Einzelfall angedrohte. Diese Interpretation erscheint um so eher berechtigt, als sie einer Erwägung in melius des Angeklagten entspringt; denn sie fußt auf einer Auslegung des Art. 221 nach dem im Strafrecht allgemein anerkannten Grundsatz: „in dubio mitius". Diese Auslegung ist sicher milder, als diejenige, welche Anwendung der vollen Härte des Gesetzes verlangt, falls die gänzliche Straflosigkeit vom Richter aus Interessen der öffentlichen Sicherheit auf Grund des rein fakultativen Charakters des Art. 221 Str. G. ausgeschaltet werden muß."

Anmerkung. — Gänzliche Straflosigkeit wird in der Regel in solchen Fällen *nicht* bewilligt, bei denen *fortgesetzte* Unterschlagungen vorliegen. Referent.

2. Verschiebung der Verhandlung vor Assisen wegen wichtiger Beweismassnahmen (z. B. Anordnung einer psychiatrischen Expertise, Herstellung wichtiger Prozesstatsachen im Sinne des Art. 337 Str. V. etc.)

a) **Die Anordnung der beantragten Beweismassnahme fällt in die Kompetenz des Assisenpräsidenten. Art. 414 Str. V.**

b) **Der Entscheid über einen Antrag auf Vertagung der Verhandlung ist Sache der Kriminalkammer und hat den Charakter eines Zwischenentscheides. (Art. 420 i. Verbindung mit 337 Str. V.; Art. 410 Str. V. gilt also nicht ausnahmslos.)**

Zwischen-Urteile i. S.:

Emilie Oser, Assisenhof V, vom 1. Febr. 1907; *Friedrich Aebi*, Assisenhof III, vom 27. April 1907; *Peter Balmer* und *Anna Maria Wenger*, Assisenhof I, vom 13. Dezember 1907; *Zahari Ilieff* und *Willam Preija*, Assisenhof I, vom vom 18. Dez. 1907; u. a. m.

Bemerkung. — Wenn von den Parteien, die neue Beweismassnahmen verlangen, nicht gleichzeitig zwischengesuchsweise die Vertagung der Verhandlung verlangt wird, so legt in wichtigen Fällen

Digitized by Google

der Assisenpräsident die Sache der Kriminalkammer vor, ähnlich wie im Falle des Art. 433 Str. V.; der Entscheid über die Verschiebungsfrage hat dann ebenfalls Charakter eines Incidentalurteils; vgl. die zitierten Zwischentscheide. Referent.

8. *Vorläufige Feststellungen im Vorfragestadium.*

Anordnungen verschiedener Art, die eine Verschiebung des Geschäftes auf eine spätere Sitzung, sei es der Kriminalkammer, sei es des Assisenhofes, erheischen, können schon im Vorfragestadium erledigt werden, selbst wenn in Hinsicht auf die anzuordnende Massnahme eine materielle Aktenprüfung vorgenommen werden muss (z. B. Abhörung von Zeugen über den Geisteszustand eines Angeklagten); **diese hat sich dann allerdings auf den besondern Zweck zu beschränken, dem sie dienen soll, und darf sich nicht mit dem Gegenstand der Anklage selbst befassen.**

Zwischenurteile i. S.:

Emilie Oser, Assisenhof V, v. 1. Februar 1907; *Friedrich Aebi,* Assisenhof III, vom 27. April 1907, spez. Erw. 1 und 3; *Jakob Blaser,* Kriminalkammer, v. 17. August 1907, — dies entgegen einem frühern Entscheid i. S. *Albert Montavon,* Kriminalkammer, vom 21. Januar 1907, wonach auf das vorfragsweise gestellte Begehren um Anordnung einer psychiatrischen Expertise nicht eingetreten, jedoch nach vorläufigen Feststellungen *in der Hauptverhandlung* die Expertise und Vertagung des Geschäftes auf Zwischengesuch hin bewilligt worden ist.

4. *Anwendung des Art. 14 Str. V.*

Das Antragserfordernis für Verbrechen an Schweizern im Auslande, sofern sie in Bern verfolgt werden, ist von der Anklagebehörde zu prüfen; das urteilende Gericht (Assisenhof, Kriminalkammer) braucht deshalb im Urteil den Art. 14 Str. V. nicht anzuwenden.

Aus den Motiven:

Urteil i. S. *Johann Stalder,* Assisenhof II, vom 23. Oktober 1907.

„Eine besondere Voraussetzung für die Verhängung einer Strafe in diesem Falle besteht darin, daß ein privater Strafantrag des Geschädigten erforderlich ist, weil das Verbrechen im Ausland begangen worden ist“... (qualifizierte Unterschlagung von über Fr. 300.—, begangen in Saô Paulo,

Digitized by Google

Brasilien, zum Nachteil des Adolf Arbenz von Andelfingen). ...„Da alle diese Voraussetzungen“ (scil. des Art. 14 Str. V.) „schon von der Anklagebehörde zu prüfen waren, bevor die bernische Strafverfolgung eingeleitet wurde, so braucht Art. 14 Str. V. im Urteil nicht angerufen zu werden. Der in der Hauptverhandlung von Arbenz wiederholte Strafantrag war einfach die Konsequenz desjenigen, der den *Anstoß* zur Anklage gab. Das Antragserfordernis ist somit erfüllt.“

Bemerkung. — Die Urteilsmotive sprechen sich nicht bestimmt über die für Art. 14 Str. V. wesentliche Frage aus, ob im Ausland begangene Verbrechen an Schweizern im Kanton Bern als *Antragsdelikte* zu behandeln sind, oder ob sie den Charakter von *Offizialdelikten* beibehalten, wie wenn sie auf Bernerboden begangen worden wären — immerhin unter der Voraussetzung des privaten *Anstosses* seitens des Verletzten. Das Urteil Stalder braucht allerdings den Ausdruck „Antragserfordernis“, was auf die erstenerwähnte Meinung zu deuten scheint. Allein andererseits ergiebt sich aus der *ausdrücklichen Nichtanwendung des Art. 14 im Urteil* (siehe die Begründung; der Staatsanwalt hatte Anwendung des Art. 14 beantragt) wohl eher die Folgerung, dass ein *blosser Anstoss* des Verletzten zur Strafverfolgung genügen soll und dass von da an *ex officio verfolgt* wird. Ein allfälliger Rückzug des privaten „Strafantrages“ wäre bei dieser Auffassung rechtlich belanglos. Es würde sich danach um eine Art „Ermächtigungsdelikt“ handeln, oder genauer gesagt um ein Offizialdelikt mit besonderer rein *prozessualer* Voraussetzung: Statuirung einer Ausnahme vom Territorialprinzip. (Vgl. Art. 12 Str. V.). Ich halte die letzere Auffassung für richtig; weshalb sollte aus diesem rein prozessualen Grund z. B. ein Mord aufhören Offizialdelikt zu sein, in Abweichung von allen andern im Kanton Bern zu beurteilenden Morden? Referent.

Verschiedenes.

Schulabsenzen. Ist das Wegschicken eines Schülers als Strafe zulässig und in welchen Fällen?

Inappellables Urteil des Polizeirichters von Fraubrunnen[1]) vom 9. Dezember 1907 i. S. Glauser.

Aus den Motiven:

Der Lehrer hat den Knaben heimgeschickt, weil er nicht laut und deutlich reden wollte, und weil er sich am

[1]) Mitgeteilt von Gerichtspräsident F. Buri.

Digitized by Google

folgenden Tage, ohne sich zu entschuldigen, wieder an seinen Platz setzte.

Der Vater des Kindes hält sich nicht für strafbar.

Es entsteht vorerst die Frage, ob überhaupt das Wegschicken als Strafe allgemein zulässig sei. Vorerst ist daran zu erinnern, daß das Schulgesetz weder die Unterrichtsmethode, noch die zur Erreichung des Unterrichtszweckes zulässigen Mittel und Strafen bestimmt. Das ist Sache der Pädagogik. Aus dem Bericht des pädagogischen Experten ergiebt sich, daß in der Erziehungslehre das Wegschicken des Kindes in *gravierenden* Fällen allgemein als zulässig erklärt wird und es hat demnach der Richter nur zu prüfen, ob die Anwendung dieser Korrektivmaßregel mit einem gesetzlichen Verbote im Widerspruch stehe. Das ist nicht der Fall; im Gegenteil wird diese Strafe in § 52 des Primarschulgesetzes geradezu sanktioniert, indem bestimmt wird, es solle der Lehrer Kinder, die sich in unanständigem Zustande vorstellen, zurückweisen unter sofortiger Anzeige an die Eltern. Offenbar will damit nicht, wie man aus dem nicht gerade glücklich gewählten Ausdrucke zu schließen versucht sein könnte, gesagt werden, daß eine Rückweisung nur erfolgen könne, wenn das Kind in unanständigem Zustande erscheine, sondern es soll zu diesem Mittel auch gegriffen werden dürfen, wenn das Kind während des Unterrichts „unanständig" sich benimmt. Einmal wäre eine solche verschiedene Behandlung des „unanständigen Benehmens" beim Eintritt in die Schule und während des Unterrichts rein unverständlich und zudem könnte ein trotziger und störrischer Schüler den Unterricht nicht nur schwer schädigen, sondern geradezu zur Unmöglichkeit machen. Das kann schon mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein (vgl. § 1 des Gesetzes). Aber aus dem Ausdruck „sich in unanständigem Zustande vorstellt", ergiebt sich, daß nur bei sehr groben Verstößen (Trotz etc.) das Wegschicken des Schülers zulässig ist, womit die Ansicht des pädagogischen Experten übereinstimmt, daß das Wegschicken nur ganz ausnahmsweise, als letztes Mittel, wenn die gewöhnlichen Strafen: Mahnung, Verweis, Versetzung, Strafaufgabe u. s. w. nichts fruchten, praktiziert werden dürfe.

Um einen solchen gravierenden Fall handelt es sich nun hier nicht. Und weiter ist entgegen der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes unterlassen worden, dem Vater so-

Digitized by Google

fort Mitteilung zu machen. Der Lehrer darf es aber nicht darauf ankommen lassen, ob das Kind zu Hause Mitteilung mache oder nicht. Wenn die Strafe ihren Zweck erreichen und wenn sich die Eltern gegen Strafe sollen schützen können, so muß, wie dies das Gesetz vorschreibt, sofortige Anzeige an die Eltern erfolgen. Ohne diese fehlt eine wesentliche Voraussetzung zur Strafbarkeit.

Aus diesen Gründen wurde der Angeschuldigte ohne Entschädigung freigesprochen.

Bernische Administrativjustiz-Entscheide aus dem Jahre 1907.

Referent: Notar *J. Fellmann*, Bern.

10. Interprétation de la loi du 26 février 1888 portant modification à la législation sur la Caisse hypothécaire et au Code civil français, relativement à la question de savoir si les testaments sont soumis à la transcription dans les districts catholiques du Jura.

Il est un point incontestable, c'est que d'après le code civil français, la propriété des choses léguées est en règle générale acquise immédiatement au légataire, par le seul effet du testament, dès l'ouverture de la succession. En particulier, en ce qui concerne les immeubles, la transcription de l'acte n'est pas exigée.

Ce principe n'a pas été modifié dans les districts protestants du Jura par le décret du 21 mars 1834, qui ne prescrit en effet la transcription que des *contrats* translatifs de propriété, pour les rendre opposables aux tiers (arg. art. 8); cette formalité n'est pas requise pour les testaments (cf. art. 3, 2e alinéa).

Mais la question se pose de savoir si la loi du 26 février 1888 portant modification au code civil français n'a pas imposé la transcription des testaments conférant des droits immobiliers, en disposant à l'art. 4, no 4, ce qui suit:

„La transcription, au bureau des hypothèques de la situation des biens, des actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque, des actes constitutifs d'usufruit, de servitudes, d'usage et d'habitation, de même que tout acte portant renonciation à ces mêmes droits, — est rendue obligatoire à l'effet de cons-

Digitized by Google

tater les droits réels à l'égard des tiers, dans les districts de Delémont, des Franches-Montagnes, de Laufon et de Porrentruy."

En effet, la disposition précitée, en employant le mot *acte*, semble ne pas faire de distinction entre les *actes entre vifs* et *ceux à cause de mort* (les testaments).

Toutefois, il ne paraît pas douteux que le législateur n'a eu en vue que les actes entre vifs.

Ce qui parle en faveur de cette opinion, c'est d'abord l'origine de cette disposition, qui, sous une forme condensée, reproduit, à quelques différences près, les trois premiers articles de la loi française du 23 mars 1855. M. le député Jolissaint, l'un des promoteurs de ladite disposition, l'a déclaré clairement au Grand Conseil, en disant: „Je ne fais que demander de compléter la législation du code civil, comme la France l'a fait par sa loi de 1855"; et sa proposition fut acceptée séance tenante, sans amendement, et devint, telle quelle, le texte précité de l'art. 4, nº 4, de la loi du 26 février 1888 (cf. Tagblatt des Großen Rates, année 1887, pages 222 et ss.). Or, la loi française du 23 mars 1855 n'exige la transcription que des actes entre vifs translatifs de propriété immobilière et constitutifs d'autres droits réels sur des immeubles.

Ajoutons que le message au peuple concernant la loi susvisée du 26 février 1888 semble n'avoir en vue que les *conventions* translatives de droits réels.

Mais un argument décisif, à notre avis, c'est que l'art. 4, nº 4, de la loi du 26 février 1888 ne concerne que les districts catholiques.

Or, si on avait voulu y introduire la transcription non seulement des actes entre vifs mais aussi celle des testaments, on aurait évidemment imposé cette dernière formalité dans les districts protestants, où, comme il a été relevé ci-haut, le décret de 1834 n'exige la transcription que des contrats translatifs de propriété immobilière ou constitutifs d'autres droits réels. Car, il ne faut pas l'oublier, le but de la réforme de la législation hypothécaire jurassienne a été d'améliorer le code civil français sur la matière d'une façon aussi uniforme que possible dans les deux parties du Jura.

Un argument dont il faut encore tenir compte, c'est que les promoteurs de la loi de 1888 en tant qu'elle concerne la législation civile du Jura, tels que MM. Gobat, conseiller d'Etat, Jolissaint et Rem, grands conseillers, ont aussi coopéré à l'élaboration du décret d'application du

Digitized by Google

24 avril 1890. Et c'est à cette occasion que M. le député Rem a notamment déclaré au Grand Conseil: „Das vorliegende Dekret fußt wesentlich auf der Gesetzesnovelle vom 23. März 1855 (la loi française prérappelée) (cf. Tagblatt des Großen Rates, année 1890, p. 44 et ss.).

Aussi le décret du 24 avril 1890, appliquant l'art. 4, n° 4, de la loi de 1888 et le décret de 1834, prescrit-il pour le Jura tout entier la transcription des actes entre vifs translatifs de propriété et n'exige pas cette formalité pour les testaments.

Or, il est tout naturel que le Grand Conseil de 1890 était plus à même de déterminer le sens et la portée de la loi du 26 février 1888 que les députés actuels.

Remarquons, enfin, que M. le conseiller d'Etat Eggli, juriste consciencieux et méticuleux, qui était alors directeur de la Justice, n'aurait jamais laissé donner à la loi de 1888 l'interprétation fixée par le décret de 1890, s'il n'avait été convaincu que cette interprétation fût correcte.[1])

Nous doutons, dès lors, fortement que le Grand Conseil veuille maintenant revenir sur l'interprétation qu'il a donnée en 1890 de la loi de 1888 concernant le point qui nous occupe.

D'ailleurs, voudrait-il le faire qu'il ne le pourrait qu'en ce qui concerne les districts catholiques, cités seuls par cette loi. Pour les districts protestants, régis à cet égard par le décret de 1834, il faudrait une loi pour y imposer la transcription des testaments, car ce décret n'exige expressément cette formalité que pour les contrats, et, de son essence, il est une loi, puisqu'il modifie une autre loi sur la matière, soit le code civil français.

Or, vaut-il vraiment la peine, encore avant l'entrée en vigueur du code civil suisse, prévue pour le 1er janvier 1912, de modifier par une loi la législation jurassienne pour y introduire un principe qu'elle n'a pas eu depuis plus de cent ans, dont le besoin ne se fait pas sentir, et dont l'application aurait pour ainsi dire uniquement pour but d'obtenir une augmentation des émoluments perçus dans le Jura pour les mutations immobilères?

Uebrigens sind, vom Standpunkt der Grundbuchführung und des Gebührenerträgnisses aus, die Verhältnisse hinsichtlich testamentarisch — nicht legatweise — vererbten Liegen-

[1]) M. Samuel Stooss, ancien juge d'appel, prié de donner son avis sur ce point, a déclaré que d'après ses souvenirs, telle était l'opinion de M. Eggli.

Digitized by Google

schaften im alten Kantonsteil ähnliche wie diejenigen im Jura. Die Art. 13 und 14 der Instruktion für die Untergerichte vom 24. Dezember 1803 statuieren für den Eigentümer, der erbsweise oder durch Heirat Liegenschaften erworben hat, allerdings die Pflicht, sich diese Liegenschaften zufertigen und infolgedessen den Erwerbtitel in das Grundbuch eintragen zu lassen. Allein diese Vorschrift war von jeher gänzlich wirkungslos, weil mit derselben weder eine Fristansetzung noch eine Strafandrohung verbunden ist. Es kommt daher nicht selten vor, daß dergestalt erworbene Liegenschaften während einer Periode von 2—3 Generationen sich im Besitze des betreffenden Erwerbers befinden, ohne daß der letztere verhalten werden könnte, die Immobilien sich zufertigen zu lassen, sowie die Handänderungsgebühr zu entrichten. Nur wenn ein solcher Eigentümer die Liegenschaften veräußert, muß er sich dieselben vorfertigungsweise zufertigen lassen. In diesem Falle hat er aber bloß eine gewöhnlich im Verhältnis zur prozentualen Handänderungsgebühr minime fixe Gebühr zu bezahlen (vgl. Kreisschreiben des Regierungsrats vom 13. Juni 1883 und § 3 des Tarifs vom 31. August 1898 betreffend die fixen Gebühren der Amtschreibereien).

Aus diesen Gründen erachten wir in den katholischen Bezirken des Jura, gleich wie in den reformierten, die Testamente nicht der Transcriptionspflicht unterworfen.

(Bericht der Justizdirektion an die Finanzdirektion vom 5. Oktober 1907.)

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

4. Anwendungsgebiet der Besitzesschutzmittel nach § 334 C. R. V., speziell im Hinblick auf § 802 b. G. B.

Vor zirka 2 Jahren hat die Stadtgemeinde Luzern auf der Westseite der Straße gegen das Wäldchen in das Friedental hin ein größeres Riedstück gekauft und läßt nun dort an zwei Stellen die Kehrichtmassen abladen. Die eine von diesen Deponien ist zirka 200 bis 250 Meter und die andere zirka 400 Meter vom Seehüsli, der Liegenschaft des Lichtsteiner entfernt.

Unterm 7. August 1906 hatte H. Lichtsteiner ein rechtliches Verbot gegen die Ablagerung der Kehrichthaufen auf diesem städtischen Riedstück verlangt. Da dieses Verbot in

Digitized by Google

erster Instanz nur sehr bedingt gestattet wurde, so gelangte Gesuchsteller auf dem Rekursweg an die Justizkommission. Der Rekurs wird damit begründet:

Seit zirka 3—4 Jahren werden in nächster Nähe des Seehüsli täglich 3—4 Fuder städtischen Kehrichts abgeladen. Trotz mannigfacher Inkonvenienz habe Lichtsteiner sich nicht darüber beschwert. Seit zirka 3 Wochen habe man eine neue Praxis der Polizeiverwaltung begonnen: es werden nun täglich 15—20 Fuder ganz direkt an das Haus des Verbotlegers geführt. Diese Neuerung habe begreiflicherweise für die Familie Lichtsteiner die allerunangenehmsten Folgen. Ein betäubender Geruch verpestete die Umgebung des Hauses, so zwar, daß die Vorübergehenden mit verhaltener Nase hindurch eilen müssen. Trotz der größten Hitze müßten die Fenster hermetisch geschlossen bleiben, um das Hausinnere einigermaßen vor den giftigen Dünsten abzuschließen. Nichtsdestoweniger dringe der abscheuliche Gestank überall ein und verfolge Tag und Nacht die unglücklichen Bewohner. Von einem ordentlichen Schlafe könne keine Rede mehr sein. Die Mahlzeiten würden durch die scheußlichen Ausdünstungen vergällt, wiederholt hätten sich Frau und Tochter erbrechen müssen. Garstige Fliegen, die sich überall auch auf die Speisen festsetzen, kämen scharenweise vom Misthaufen her.

Diese rechtswidrige Kehrichtablagerung mit all ihren Folgen qualifiziere sich als fortgesetzte Eigentums- und Besitzesstörung. 50 Bürger bezeugten die Tatsache eines zeitweise starken Geruches. Das intensive Ausströmen der üblen Dünste zeige sich stets bei Nebelwetter, auch im Winter und im Sommer nach heißen Tagen, und bei Westwind speziell von abends 9 Uhr an bis morgens früh 7 Uhr.

Die Justizkommission, an welche die Sache auf dem Rekursweg gelangte, holte zu ihrer Orientierung von Amtswegen ein Gutachten zweier Ärzte ein. Das Gutachten dieser Experten lautete: 1. Bei den in Frage stehenden Deponien entwickeln sich stets als Produkt der Fäulnis und Verwesung widrige, eckelhafte Gerüche. Bei gewöhnlicher, ruhiger Luft steigen diese in die Höhe, werden in der Atmosphäre verteilt und belästigen so in keiner Weise die Umgebung. Von Zeit zu Zeit aber, bei Depressionserscheinungen in der Luft, bei Nebel und Westwind werden diese Dünste dem Boden entlang getrieben und kommen so in und um das Haus von H. Lichtsteiner, welches gerade in der fatalen Windrichtung der Deponien liegt. 2. Diese Gerüche sind zeitweise so stark,

Digitized by Google

daß sie eckelerregend wirken und daß man, um sich von ihnen einigermaßen zu schützen, Fenster und Türen hermetisch schließen muß. Auf diese Weise wird die frische Luft abgeschnitten und die Wohnung wird speziell im Sommer zur Qual.

Diese Gase sind nicht *direkt* gesundheitsschädlich, giftig oder im Stande, spezifische Krankheiten hervorzurufen, aber sie erzeugen Eckelgefühl und behindern die Atmung, weil man unwillkürlich die tiefere Atmung unterläßt. Indirekt sind daher die Deponien durch die dort entstehenden, widrigen Gase in beschränktem Maße gesundheitsschädlich für die Besitzer vom Rothseehüsli.

Vom Standpunkt des Nachbarrechts ist nun § 302 b. G. B. maßgebend, der in analoger Anwendung dahin ausgelegt wird, daß niemand auch *mittelbare Eingriffe* von Seiten seiner Nachbarn zu dulden braucht, welche entweder der Person oder Sache *schaden*, oder die Person in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen übersteigenden Weise belästigen (O. G., 28. Oktober 1904, diese Zeitschrift 41. Bd., S. 117). Nach § 906 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches kann der Eigentümer eines Grundstückes die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem andern Grundstücke ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstückes nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benützung des andern Grundstückes herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine gewöhnliche Leitung ist unzulässig.

Nach *Dernburg*, Pandekten I. Bd., S. 458 sind auch vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus *Immissionen* in die Nachbargrundstücke nicht zulässig, sofern sie das gewöhnliche übliche Maß überschreiten. Das Reichsgericht (Bd. 6, S. 217) hielt schon früher dafür, daß das Eigentum verletzt sei nicht bloß, wenn die Integrität der Sache beschädigt werde, sondern auch dann, wenn die Benutzbarkeit der Sache aus einem Grunde verhindert werde, welcher sich gegen die Menschen selbst richte, deren Bedürfnis durch die an dieser Stelle befindliche Sache befriedigt werden solle. Übrigens kommt es auch nach der Auffassung des Reichsgerichtes gerade bei Geruch und Lärm auf die besondern Verhältnisse an. In der

Digitized by Google

Fabrikstadt wird man mehreres dulden müssen, als im Mittelpunkt einer glänzenden Stadt.

Spangenberg in seinem Aufsatz: Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht, S. 265 ff. (Archiv für civilistische Praxis, 9. Bd.) bemerkte dagegen seiner Zeit (1826) zur Interpretation von fr. 8, Dig. VIII s. si servitus vindicetur, Seite 271: „Unsere Gesetzesstelle spricht nun aber von einer unerlaubten Immission und setzt also voraus, wohin denn auch die aufgeführten Beispiele hindeuten, daß dasjenige, was immittiert wird, etwas *Körperliches* sei, wie das Wasser, der Steingruus und der Rauch. Er begreift also den Fall nicht, wo durch die Ausübung die Sinne auf andere Weise unangenehm afficiert werden.

Daß das Letztere weggeräumt werde, kann nur, den Umständen nach, Gegenstand der Polizei, nicht des Rechts, welches unter zwei Privatpersonen verfolgt werden kann, sein, wogegen die Immission körperlicher Sachen allein Gegenstand jener Rechtsverfolgung ist. Dieses erhellt auch aus andern Stellen des Justinianischen Rechtsbuches. So rechnet z. B. fr. 2 § 29 D. 43, 8 ne quid in loco publico, es nur zur Polizeiabhülfe, wenn durch den Geruch ein locus pestilentiosus wird, so bestimmt fr. 17, § 2 D. VIII, 5 si servitus vindicetur, daß, wenn der Nachbar seine Mistgrube zu nahe an die Wand des andern anlegt, nur dann diese Handlung Gegenstand einer Privatverfolgung sein könne, wenn dadurch die Wand anfault, nicht aber, wenn bloß ein übler Geruch dadurch entsteht, als in welch letzterem Falle gleichfalls nur die Polizei angerufen werden kann, so verbietet die c. una C. XI, 18 de stud. lib. nur, da Hörsäle zu mieten und überhaupt anzulegen, wo Handwerker Geräusch machen, keineswegs verpflichtet sie aber die Handwerker, aus der Gegend der Hörsäle wegzuziehen und erkennt dadurch an, daß der Lehrer kein Verbietungsrecht gegen jene im privatrechtlichen Wege habe, wogegen es allerdings Gegenstand der Polizei sein kann, namentlich auf Universitäten, die Niederlassung von solchen Handwerkern neben den öffentlichen Hörsälen zu verhindern." (Vgl. dagegen Luzerner Obergerichtsurteil in Sachen Wolfisberg gegen Muth, vom 21. November 1901.)

Die Entscheidung unseres Falles ist nun aber nicht vom Standpunkt des materiellen Civilrechts, sondern von demjenigen des Besitzesrechts aus zu treffen und in dieser Beziehung bietet die Sache noch größere Schwierigkeiten.

Im gemeinen Recht hatte sich der Rechtsbesitz über

Digitized by Google

den Kreis der als unbeweglich erachteten unkörperlichen Sachen hinaus durchgesetzt und in der Praxis behauptet. Als solches nahmen ihn die großen Gesetzbücher auf und behandeln den Rechtsbesitz als wahren Besitz und lassen ihn in sehr weitem Umfang zu. Die Justizkommission hat daher auch im vorliegenden Fall, gestützt auf das erwähnte ärztliche Gutachten, beim Rekurrenten eine Störung seines rechtlichen Besitzes angenommen und das nachgesuchte Verbot erlassen. Der schweizerische Entwurf stellt dagegen allerdings dem Sachbesitz bloß die tatsächliche Ausübung des Rechts bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten gleich und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat den Faden der deutsch-rechtlichen Entwicklung bereits rücksichtslos durchschnitten, indem es nichts mehr von einem Rechtsbesitz weiß (*Gierke,* Deutsches Privatrecht, 2. Bd., S. 226.)

Auch *Randa* (Der Besitz nach österreichischem Recht, 4. Auflage, Leipzig, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1905) verlangt zur Besitzesstörung eine Handlung des Störenden. Dieses liege nicht nur im Begriff der „eigenmächtigen Störung", des Eingriffs (§ 339 A. b. G. B.), sondern stimme auch mit dem Charakter des richterlichen Erkenntnisses überein, welches auf „Verbot" oder „Untersagung" gerichtet ist (§ 339, § 15 der K. V. vom 27. Okt. 1849). In bloßen Unterlassungen könne selbst dann, wenn die Verpflichtung zu einem Tun (z. B. nach den Bauvorschriften zur Reparatur des baufälligen Hauses) vorläge, eine Besitzesstörung nicht erblickt werden.

Randa gibt zwar zu, daß das römische Recht gegen Immissionen, wenn die Immission schädlich und lästig ist und durch *ungewöhnliche* Benützung des Nachbargrundes bewirkt worden, ganz *analog* und *parallel* der negatoria Interdiktenschutz gewähre. Nach österreichischem Recht aber, welches eine der zitierten L. 8, § 5—7 D. ähnliche Bestimmung *nicht* kenne, finde nach dem Grundsatz des § 1305 G. B. gegen dergleichen „*mittelbare*" Immissionen weder die A. negatoria noch die Besitzesstörungsklage, sondern nur — wenn die bezüglichen Voraussetzungen vorliegen — die Schadensersatzklage statt. Beschränkungen der freien Benützung des Eigentums, insbesondere bei Bauten, Gewerbeanlagen, fänden *nur aus polizeilichen* Rücksichten statt.

Obwohl nun das österreichische Recht vielfach als Vorbild und Quelle unseres luzernischen Privatrechts aufgefaßt wird, so glaubte doch die Justizkommission in dieser Frage

Digitized by Google

des gegen schädliche Immissionen zu postulierenden Besitzschutzes nicht der österreichischen, sondern der *gemeinrechtlichen Praxis* folgen zu sollen. (Vgl. *Bruns*, Besitzesklagen, der nach „dem objektiven Störungsprinzip des gemeinen Rechts" das J. U. Possidetis hier für begründet erachtet.)

Justizkommission, 22. November 1907. (Lichtsteiner ca. Stadtrat von Luzern.)

Aus der Rechtsprechung des soloth. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

7. Berechnung des Minderwertes.

Es handelt sich um den Kauf eines Rindes, das für 440 Fr. erworben wurde. Der Verkäufer gab Währschaft für „gesund" während es sich herausstellte, daß das Tier zur Zeit des Kaufes an einem Bronchialkatarrh gelitten hatte. Eine 7 Wochen später stattfindende Expertise schätzte den Wert des Rindes auf 500 Fr., allerdings unter der Annahme, daß es sich nur um einen Bronchialkatarrh, nicht etwa um eine tuberkulöse Entartung handle, was die Experten nicht bestimmt zu entscheiden wagten. Angenommen, der Mehrwert sei bewiesen, kann die actio quanti minoris dennoch mit Erfolg geltend gemacht werden?

Maßgebend für die Berechnung des Minderwertes ist das Verhältnis zwischen dem wahren Wert der fehlerfreien Sache zum wahren Wert der mangelhaften Sache im Zeitpunkte des Kaufsabschlusses. Soweit ein Mehrwert erst seither eingetreten ist, darf er bei der Berechnung nicht in Betracht fallen, so wenig wie ein bei allfällig spätern Weiterverkauf erzielter höherer Erlös (Hafner, Art. 249 Note 5). Nimmt man an, das gesunde Rind wäre schon am Tage des Kaufs 500 Fr. wert gewesen und der relative Minderwert wegen des Bronchialkatarrhs hätte 20 Fr. betragen, so ergibt sich nach der Proportion: $500 : 480 = 440 : \times$ der verminderte Kaufpreis von Fr. 422. 40. Bei der Annahme, daß die Kaufsumme dem wahren Wert entsprochen habe, würde sich der reduzierte Kaufpreis auf 420 Fr. belaufen.

2. März 1907.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **4. Heft** **April 1908**

Die Revision der internationalen Uebereinkunft über den Civilprozess.

Von Bundesrichter *Alex. Reichel* in Lausanne.

(Schluß.)

Wenn man auch aus diesen Lösungen das Bestreben erkennt, den gemachten Aussetzungen entgegenzukommen, so wird man kaum das Resultat sehr praktisch finden und vom Standpunkte des schweiz. Rechtes wird es recht schwierig sein, sich mit den Vorschriften der Convention abzufinden.

Man möchte zunächst versucht sein, dies der Ordnung unserer Rechtsöffnung wegen für ganz unmöglich zu halten. Denn die Praxis hat entschieden, dass, wo die Vollstreckbarkeit von Urteilen ausländischer Gerichte durch Staatsvertrag geregelt wird, ein besonderes Exequaturverfahren überflüssig ist und der Rechtsöffnungsrichter die vom Schuldner aus dem Staatsvertrag gegen die Exequirbarkeit des Urteils erhobenen Einreden prüft (vgl. B. G. A. S. XXI. 393 Erw. 3 u. Archiv VIII. Nr. 92). Der Rechtsöffnung muss aber notwendig eine Betreibung vorhergehen; denn erst bei Widerspruch des Schuldners

Digitized by Google

kann der Gläubiger das Verfahren einleiten; dieser ist dabei als handelnde Person gedacht und kann nicht durch die diplomatisch angegangene Behörde ersetzt werden. Beim Rechtsöffnungsverfahren muss auch der Schuldner gehört werden, wenn auch eine contradictorische Verhandlung nicht absolut notwendig ist.

Man muss also eine andere Lösung versuchen, welche vielleicht in Folgendem gefunden werden kann.

Der Staatsvertrag, auf den die Execution sich stützt, wäre das R. P., wenn es einmal angenommen ist. Dieses schreibt ein besonderes Exequaturverfahren vor und es wird deshalb eine Ausnahme von der bisherigen Praxis gemacht werden müssen. Die diplomatisch angegangene Behörde, d. h. der Bundesrat, überweist das Gesuch der Kantonsregierung, welche es der nach kantonalem Recht zuständigen Exequaturbehörde übermittelt. Diese giebt auf Grund der vorgelegten Urkunden ihren Entscheid und zwar kostenlos. Der *recours ultérieur* würde bei uns im staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht bestehen (Art. 175 Ziff. 3 Verletzung eines Staatsvertrages). Wird ein Rekurs nicht erhoben, so ist im Rechtsöffnungsverfahren eine weitere Bestreitung nicht mehr möglich. Das Urteil ist nach Art. 81, Abs. 1 des Betreibungsgesetzes zu behandeln und es sind nur die dort vorgesehenen Einreden möglich.

Immerhin liefe neben diesem staatsvertraglichen Modus das gewöhnliche Verfahren (Betreibung, Rechtsöffnung, Prüfung der erhobenen Einwendungen durch den Rechtsöffnungsrichter) nebenher. Der Vorteil des staatsvertraglichen Präliminarverfahrens wäre, dass man sich durch dasselbe kostenlos einen im Rechtsöffnungsverfahren unangreifbaren Titel verschafft.

Aber auch diese versuchte Anpassung wird noch Schwierigkeiten bereiten, da, wo, wie im Kanton Zürich, ein eigentliches Exequaturverfahren nicht existiert (vgl. § 752 Zürcher Civ. Pr.).

Digitized by Google

Zweifelhaft ist bei unsern staatsrechtlichen Verhältnissen, in denen die Justizverwaltung zwischen Bund und Kantonen geteilt ist, ob wir einen obersten der Justizverwaltung vorgesetzten Beamten haben, der die vorgesehene Kompetenzbescheinigung ausstellen kann. Man wird in erster Linie an den Chef des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes denken; aber soweit die Kantone in der Justizverwaltung souverän sind, sind sie dem Bunde keine Rechenschaft über dieselbe schuldig und ist desshalb der Chef des eidgen. Polizeidepartementes kaum als Vorgesetzter der kantonalen Justizverwaltung anzusehen. Auch hat er nicht Cognition darüber, ob die die Rechtskraft bescheinigende kantonale Behörde wirklich zuständig ist. — Das Fehlen einer solchen Beamtung würde aber nicht Undurchführbarkeit der Conventionsvorschriften, sondern nur eine gewisse Erschwerung des Beweises zur Folge haben, die aber nicht allzuhemmend einwirken würde, indem der Beweis der Authenticität und Rechtskraft auch in anderer Weise erbracht werden kann.

IV. Armenrecht.

In diesem Abschnitt ist als praktische Neuerung beigefügt worden, dass das vorgesehene Armutszeugnis in Nichtconventionsstaaten, d. h. wenn der Kläger in einem solchen wohnt, von den diplomatischen oder konsularischen Vertretern des Heimatstaates ausgefertigt werden kann.

V. Schuldhaft.

Hier ist neu aufgestellt der Satz, dass eine Thatsache, welche Befreiung vom Schuldverhaft nach der Gesetzgebung des Exekutionslandes bewirkt, auch dann vom Schuldner angerufen werden kann, wenn sie sich im Ausland ereignet hat.

Ich lasse im Anschluss den Text des Revisionsprojektes im Original folgen.

Digitized by Google

Projet d'une Convention relative à la procédure civile.

Désirant apporter à la Convention du 14 novembre 1896 les améliorations suggérées par l'expérience,

Ont résolu de conclure une nouvelle Convention à cet effet et ont, en conséquence, nommé pour leurs plénipotentiaires, savoir:

. . . . . .

lesquels, après s'être communiqué leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus des dispositions suivantes:

I. Communications judiciaires et extrajudiciaires

Art. 1er — En matière civile ou commerciale, les significations d'actes à destination de personnes se trouvant à l'étranger se feront, dans les Etats contractants, sur une demande du consul de l'Etat requérant adressée à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis. La demande contenant l'indication de l'autorité de qui émane l'acte transmis, le nom et la qualité des parties, l'adresse du destinataire, la nature de l'acte dont il s'agit, doit être rédigée dans la langue de l'autorité requise. Cette autorité enverra au consul la pièce prouvant la signification ou indiquant le fait qui l'a empêchée.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de la demande du consul seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque Etat contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres Etats contractants, qu'il entend que la demande de signification à faire sur son territoire, contenant les mentions indiquées à l'alinéa 1er, lui soit adressée par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour admettre la communication directe entre leurs autorités respectives.

Art. 2. — La signification se fera par les soins de l'autorité compétente de l'Etat requis. Cette autorité, sauf les cas prévus dans l'article 3, pourra se borner à effectuer la signification par la remise de l'acte au destinataire qui l'accepte volontairement.

Art. 3. — Si l'acte à signifier est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre

Digitized by Google

les deux Etats intéressés, ou s'il est accompagné d'une traduction dans l'une de ces langues, l'autorité requise, au cas où le désir lui en serait exprimé dans la demande, fera signifier l'acte dans la forme prescrite par la législation intérieure pour l'exécution de significations analogues, ou dans une forme spéciale, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à cette législation. Si un pareil désir n'est pas exprimé, l'autorité requise cherchera d'abord à effectuer la remise dans les termes de l'article 2.

Sauf entente contraire, la traduction prévue dans l'alinéa précédent sera certifiée conforme par l'agent diplomatique ou consulaire de l'Etat requérant ou par un traducteur assermenté de l'Etat requis.

Art. 4. — L'exécution de la signification prévue par les articles 1er, 2 et 3 ne pourra être refusée que si l'Etat sur le territoire duquel elle devrait être faite, la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Art. 5. — La preuve de la signification se fera au moyen, soit d'un récépissé daté et légalisé du destinataire, soit d'une attestation de l'autorité de l'Etat requis, constatant le fait, la forme et la date de la signification.

Si l'acte à signifier a été transmis en double exemplaire, le récépissé ou l'attestation doit se trouver sur l'un des doubles ou y être annexé.

Art. 6. — Les dispositions des articles qui précèdent ne s'opposent pas:

1° à la faculté d'adresser directement par la voie de la poste des actes aux intéressés se trouvant à l'étranger;

2° à la faculté pour les intéressés de faire faire des significations directement par les soins des officiers ministériels ou des fonctionnaires compétents du pays de destination;

3° à la faculté pour chaque Etat de faire directement, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires, les significations destinées aux personnes se trouvant à l'étranger.

Dans chacun de ces cas, la faculté prévue n'existe que si des conventions intervenues entre les Etats intéressés l'admettent ou si, à défaut de conventions, l'Etat sur le territoire duquel la signification doit être faite ne s'y oppose pas. Cet Etat ne pourra s'y opposer lorsque, dans le cas de l'alinéa 1er, numéro 3, l'acte doit être signifié sans contrainte à un ressortissant de l'Etat requérant.

Digitized by Google

Art. 7. — Les significations ne pourront donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'Etat requis aura le droit d'exiger de l'Etat requérant le remboursement des frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel ou par l'emploi d'une forme spéciale dans les cas de l'article 3.

II. Commissions rogatoires

Art. 8. — En matière civile ou commerciale, l'autorité judiciaire d'un Etat contractant pourra, conformément aux dispositions de sa législation, s'adresser par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un autre Etat contractant pour lui demander de faire, dans son ressort, soit un acte d'instruction, soit d'autres actes judiciaires.

Art. 9. — Les commissions rogatoires seront transmises par le consul de l'Etat requérant à l'autorité qui sera désignée par l'Etat requis. Cette autorité enverra au consul la pièce constatant l'exécution de la commission rogatoire ou indiquant le fait qui en a empêché l'exécution.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de cette transmission seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque Etat contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres Etats contractants, qu'il entend que les commissions rogatoires à exécuter sur son territoire lui soient transmises par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats constractants s'entendent pour admettre la transmission directe des commissions rogatoires entre leurs autorités respectives.

Art. 10. — Sauf entente contraire, la commission rogatoire doit être rédigée, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux Etats intéressés, ou bien elle doit être accompagnée d'une traduction faite dans une de ces langues et certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'Etat requérant ou par un traducteur assermenté de l'Etat requis.

Art. 11. — L'autorité judiciaire à laquelle la commission rogatoire est adressée sera obligée d'y satisfaire en usant des mêmes moyens de contrainte que pour l'exécution d'une commission des autorités de l'Etat requis ou d'une demande formée à cet effet par une partie intéressée. Ces moyens de

Digitized by Google

contrainte ne sont pas nécessairement employés s'il s'agit de la comparution de parties en cause.

L'autorité requérante sera, si elle le demande, informée de la date et du lieu où il sera procédé à la mesure sollicitée, afin que la partie intéressée soit en état d'y assister.

L'exécution de la commission rogatoire ne pourra être refusée que:

1° si l'authenticité du document n'est pas établie;

3° si, dans l'Etat requis, l'exécution de la commission rogatoire ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire;

3° si l'Etat sur le territoire duquel l'exécution devrait avoir lieu la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Art. 12. — En cas d'incompétence de l'autorité requise, la commission rogatoire sera transmise d'office à l'autorité judiciaire compétente du même Etat, suivant les règles établies par la législation de celui-ci.

Art. 13. — Dans tous les cas où la commission rogatoire n'est pas exécutée par l'autorité requise, celle-ci en informera immédiatement l'autorité requérante en indiquant, dans le cas de l'article 11, les raisons pour lesquelles l'exécution de la commission rogatoire a été refusée et, dans le cas de l'artcle 12, l'autorité à laquelle la commission est transmise.

Art. 14. — L'autorité judiciaire qui procède à l'exécution d'une commission rogatoire appliquera les lois de son pays, en ce qui concerne les formes à suivre.

Toutefois, il sera référé à la demande de l'autorité requérante, tendant à ce qu'il soit procédé suivant une forme spéciale, pourvu que cette forme ne soit pas contraire à la législation de l'Etat requis.

Art. 15. — Les dispositions des articles qui précèdent n'excluent pas la faculté pour chaque Etat de faire exécuter directement par ses agents diplomatiques ou consulaires les commissions rogatoires, si des conventions intervenues entre les Etats intéressés l'admettent ou si l'Etat sur le territoire duquel la commission rogatoire doit être exécutée ne s'y oppose pas.

Art. 16. — L'exécution des commissions rogatoires ne pourra donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'Etat requis aura le droit d'exiger de l'Etat requérant le remboursement des in-

Digitized by Google

demnités payées aux témoins ou experts, ainsi que des frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel, rendue nécessaire parceque les témoins n'ont pas comparu volontairement, ou des frais résultant de l'application éventuelle de l'article 14, alinéa 2.

III. Caution judicatum solvi

Art. 17. — Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des Etats contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces Etats, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces Etats.

La même règle s'applique au versement qui serait exigé des demandeurs ou intervenants pour garantir les frais judiciaires.

Les conventions par lesquelles des Etats contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la *caution judicatum solvi* ou du versement des frais judiciaires sans condition de domicile continueront à s'appliquer.

Art. 18. — Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des Etats contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution, du dépôt ou du versement en vertu soit de l'art. 17, alinéas 1er et 2, soit de la loi de l'Etat où l'action est intentée, seront, sur une demande faite par la voie diplomatique, rendues gratuitement exécutoires par l'autorité compétente dans chacun des autres Etats contractants.

La même règle s'applique aux décisions judiciaires par lesquelles le montant des frais du procès est fixée ultérieurement.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux Etats contractants s'entendent pour permettre que la demande d'exequatur soit aussi faite directement par la partie intéressée.

Art. 19. — Les décisions relatives aux frais et dépens seront déclarées exécutoires sans entendre les parties, mais sauf recours ultérieur de la partie condamnée, conformément à la législation du pays où l'exécution est poursuivie.

L'autorité compétente pour statuer sur la demande d'exequatur se bornera à examiner:

1° Si, d'après la loi du pays où la condamnation a été

Digitized by Google

prononcée, l'expédition de la décision réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

2° si, d'après la même loi, la décision est passée en force de chose jugée;

3° si le dispositif de la décision est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux Etats interessés, ou bien s'il est accompagné d'une traduction, faite dans une de ces langues et, sauf entente contraire, certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'Etat requérant ou par un traducteur assermeuté de l'Etat requis.

Pour satisfaire aux conditions prescrites par l'alinéa 2, n°s 1 et 2, il suffira d'une déclaration de l'autorité compétente de l'Etat requérant constatant que la décision est passée en force de chose jugée. La compétence de cette autorité sera, sauf entente contraire, certifiée par le plus haut fonctionnaire préposé à l'administration de la justice dans l'Etat requérant. La déclaration et le certificat dont il vient d'être parlé doivent être rédigés ou traduits conformément à la règle contenue dans l'alinea 2, numéro 3.

IV. Assistance judiciaire gratuite.

Art. 20. — Les ressortissants de chacun des Etats contractants seront admis dans tous les autres Etats contractants au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite, comme les nationaux eux mêmes, en se conformant à la législation de l'Etat où l'assistance judiciaire gratuite est réclamée.

Art. 21. — Dans tout les cas, le certificat ou la déclaration d'indigence doit être délivré ou reçue par les autorités de la résidence habituelle de l'étranger, ou, à défaut de celles-ci, par les autorités de sa résidence actuelle. Dans le cas où ces dernières autorités n'appartiendraient pas à un Etat contractant et ne recevraient pas ou ne délivreraient pas des certificats ou des déclarations de cette nature, il suffira d'un certificat ou d'une déclaration, délivré ou reçue par un agent diplomatique ou consulaire du pays auquel l'étranger appartient.

Si le requérant ne réside pas dans le pays où la demande est formée, le certificat ou la déclaration d'indigence sera légalisé gratuitement par un agent diplomatique ou consulaire du pays où le document doit être produit.

Art. 22. — L'autorité compétente pour délivrer le certificat ou recevoir la déclaration d'indigence pourra prendre

Digitized by Google

des renseignements sur la situation de fortune du requérant auprès des autorités des autres Etats contractants.

L'autorité chargée de statuer sur la demande d'assistance judiciaire gratuite conserve, dans les limites de ces attributions, le droit de contrôler les certificats, déclarations et renseignements qui lui sont fournis.

Art. 23. — Si le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite a été accordé au resortissant d'un des Etats contractants, les significations relatives au même procès qui seraient à faire dans un autre de ces Etats ne pourront donner lieu qu'au remboursement par l'Etat requérant à l'Etat requis des frais occasionnés par l'emploi d'une forme spéciale en vertu de l'article 3.

Dans le même cas, l'exécution de commissions rogatoires ne donnera lieu qu'au remboursement par l'Etat requérant à l'Etat requis des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que de frais nécessités par l'application éventuelle de l'article 14, alinea 2.

V. Contrainte par corps.

Art. 24. — La contrainte par corps, soit comme moyen d'exécution, soit comme mesure simplement conservatoire, ne pourra pas, en matière civile ou commerciale, être appliquée aux étrangers appartenant à un des Etats contractants dans les cas où elle ne serait pas applicable aux resortissants de pays. Un fait qui peut être invoqué par un ressortissant domicilié dans le pays, pour obtenir la levée de la contraintu par corps, doit produire le même effet au profit du ressortissant d'un Etat contractant, même si ce fait s'est produit à l'étranger.

Verschiedenes.

Zum 20. März 1908. Die Referendumsfrist für das von den Räten am 10. Dezember vorigen Jahres angenommene Zivilgesetzbuch lief ab, ohne daß sich nur eine Hand gegen dasselbe gerührt hätte. Getragen von dem hoffnungsvollen Zutrauen der weitesten Schichten, ist das Schiff des eidgenössischen Privatrechts in den sichern Port gelangt. Kein schweizerischer Jurist wird dieses freudige Ereignis miterlebt haben, ohne in herzlicher Dankbarkeit des Schöpfers und

Digitized by Google

aller derer, die in hervorragender Weise an der Ausgestaltung des Werkes teilgenommen haben, zu gedenken. Vor allem aber ist dem Schweizervolk Glück zu wünschen. Möge sich das neue Recht rasch einleben und eine reiche Saat von sittlicher und wirtschaftlicher Kultur aus ihm hervorsprießen.

Eidgenössische Gesetzgebung. Unterdessen ist auch das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag in der Bundesversammlung einhellig genehmigt worden. Es steht zu hoffen, daß die Revision des O. R. bis zum 1. Januar 1912 unter Dach gebracht sein und sodann auch die Unifikation des Strafrechts eine günstige Wendung nehmen wird.

Schweizerischer Juristenverein. Für die diesjährige Jahresversammlung in Zürich hat der Vorstand folgende Beratungsgegenstände auf die Tagesordnung gesetzt:

1. *Die interkantonale Vollstreckung der gerichtlichen Strafurteile in der Schweiz,* Referent: Herr Dr. Werner, Substitut des Generalprokurators in Genf. Korreferent: Herr Dr. Brand, Rechtsanwalt in Bern.

2. *Die Revision des eidgenössischen Expropriationsverfahrens.* Referent: Herr Dr. Maag, Rechtsanwalt in Zürich. Korreferent: Herr Dr. G. de Weiß, Rechtsanwalt in Lausanne.

Für das Jahr 1909 ist die Konkurrenz für eine Preisaufgabe über das Thema: „Die Rechtsstellung der in der Schweiz niedergelassenen Ausländer auf nicht politischem Gebiet" eröffnet. Ablieferungstermin: 1. Juni 1909.

Universität Bern. Privatdozent Dr. Sieber ist zum außerordentlichen Professor für vergleichendes Staatsrecht befördert worden.

Daß neuerdings in Nachachtung der öffentlichen Meinung energische Maßnahmen gegen die Überhandnahme der Russen an der Universität ergriffen worden sind, kann für die juristische Fakultät nur angenehm sein. Wenngleich sie von dieser Russenfrage nur indirekt berührt wurde, da von ihren ca. 370 Studierenden der letzten Zeit mehr als 300 Inländer waren, so ist doch auch sie von der üblen Nachrede berührt worden, die beinahe systematisch gegen die Universität Bern gerichtet wurde, und zwar von Orten her, wo man vor der eigenen Türe genug zu wischen hätte. Bern soll seine Ehre nicht darein setzen, die höchstfrequentierte Hochschule in der Schweiz zu haben, wohl aber soll seine Tendenz darauf gerichtet sein, die erste schweizerische Uni-

Digitized by Google

versität, an der am meisten Schweizer studieren, zu besitzen. Hiefür sind eine Reihe günstiger Vorbedingungen vorhanden: Das größte Hinterland, die Zweisprachigkeit und die Bundeshauptstadt. Zur Erreichung des Zieles ist jedoch nebst erhöhtem Wohlwollen der Behörden eine Revision der veralteten Organisation nötig; die wünschenswerte größere Universitätsfreundlichkeit der Presse, sowie der Bevölkerung wird sich dann hoffentlich von selbst einstellen.

Literaturanzeigen.

J. C. Bluntschli... Ein Erinnerungsblatt zum hundertsten Geburtstage von Prof. Dr. **Fr. Meili.** 39 S. Zürich, Art. Inst. Orell Füßli. 1908.

In zügiger Darstellung wird die Bedeutung des hervorragenden Zürchers für die moderne Rechtswissenschaft geschildert. Wir begreifen es vollkommen, wenn dabei insbesondere Bluntschlis Wesen als Internationalist gefeiert wird. Jedenfalls aber glauben wir, daß Bluntschli seine wertvollste Tätigkeit auf dem Boden seines Heimatrechtes und als Germanist entfaltet hat.

Egger, Prof. A. **Der Rechtsschutz der Kinder** im Entwurfe des schweiz. Zivilgesetzbuches. Zürich, Schulthess, 1908.

Ein Vortrag, der an der Jahresversammlung des Verbandes schweiz. Erziehungsvereine gehalten wurde und die Materie sowohl vom Standpunkt der kantonalen wie des kommenden eidgenössischen Rechtes aus hübsch beleuchtet.

Martin Achard, Dr. en droit, **de la Réparation Pécuniaire du Tort Moral.** Genève, Kündig 1908.

Art. 28 Civilgesetzbuch u. Art. 55 O. R. werden in nächster Zeit viel von sich sprechen machen, indem die Auffassungen über die civilrechtliche Behandlung der tort moral trotz der vorhandenen umfangreichen Praxis noch weit auseinandergehen. Da kommt diese eingehende und lucid geschriebene Genfer Studie eben zur rechten Zeit. Martin vertritt die Ansicht, daß dem Richter in der Annahme und Bemessung des immateriellen Schadens völlig freie Hand gelassen werden muß; er nimmt auch Stellung gegenüber gewissen Bestrebungen, welche unter der Flagge der Preßfreiheit einen Freibrief für Angriffe auf die Persönlichkeit auswirken wollen.

Digitized by Google

Kriminalstatistik des Kantons Bern pro 1901—1905. Mitteilungen des bernischen, statistischen Büreaus 1907. 1. Lief.

Die reichen tabellarischen Darstellungen sowie die auf 41 Seiten gebrachten Textausführungen dürften namentlich die bernischen Richter interessieren.

Bei der Redaktion sind weiter *folgende Bücher* eingegangen:

Caleb, A. Dr. en droit P. D., du Régime des Capitulations en Turquie par Rapport à la Bulgarie. Genève, Wirz, 58 S.

Falkmann, E, Die Rechtsstellung des Boten, Berlin, Siemenroth, 1908, 62 S.

Falkmann, R. Die Anfechtung außerhalb des Konkurses, Berlin, Siemenroth, 1908, 117 S.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 3. Aufl. 1. Lief. Jena, G. Fischer 1908.

Sprechsaal

Zum Problem der Justiz- und Kriminalstatistik des Kantons Bern.

Ein Tätigkeitsgebiet der amtlichen Statistik von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist u. a. die Justiz- resp. die Civil- und Strafrechtspflege, über welche so zu sagen fast alle civilisierten Staaten eine regelmäßige Statistik oder wenigstens eine ziemlich eingehende statistische Berichterstattung führen. Dasselbe ist auch bei den meisten Kantonen der Fall. Früher zwar erfreute sich die Justizstatistik in mehreren Kantonen nach gewissen Richtungen hin einer bessern Pflege; so besaß z. B. der Kanton Zürich von Beginn der 1830er Jahre hinweg schon regelmäßig fortgesetzte statistische Nachweise über die Rechtspflege, welche namentlich in der Zeit von 1868—1884 durch die damals erschienenen besondern Jahrespublikationen an Vollständigkeit und Systematik wenig zu wünschen übrig ließen. Aber noch heute enthält der Bericht des zürcherischen Obergerichts eine sehr ausführliche statistische Berichterstattung über die Rechtspflege nebst einer Kriminalstatistik. Auch der Kanton Bern hatte früher die Strafrechtspflege zum Gegenstand ausführlicher statistischer Darstellungen (im Ganzen 17) gemacht, wovon die Staatsverwaltungsberichte von 1854—1868 sowie

Digitized by Google

die statistischen Jahrbücher der 70er Jahre Zeugnis ablegen. Die letzte Assisenstatistik mit spezieller Darstellung der Verurteilten nach Deliktarten erschien im Jahrgang X/XI 1878. Ueber den Stand der Justiz- und Kriminalstatistik und die Fortschritte, welche dieselbe in den Nachbarstaaten in neuerer Zeit gemacht, geben die betreffenden umfangreichen statistischen Publikationen und Quellenwerke des Deutschen Reiches, Oesterreichs, Italiens und Frankreichs, sowie die Verhandlungen der internationalen statistischen Kongresse, resp. das „Bulletin de l'Institut international de statistique" reichlichen Aufschluß. Aus den bezüglichen Verhandlungen und Bestrebungen ersieht man, welche große Bedeutung einer gut organisierten und richtig geführten Justiz- und Kriminalstatistik für die Praxis und die Wissenschaft beigelegt wird und wie sehr die Regierungen der verschiedenen Staaten die gründlichen Arbeiten und Studien auf diesem Gebiete zu schätzen wissen und tatkräftig unterstützen. Wiederholt wurde auch von Fachleuten darauf hingewiesen, daß eine gut organisierte, regelmäßig geführte Justizstatistik ein vortreffliches Kontrollmittel für die Tätigkeit der verschiedenen Gerichtsinstanzen, also für den Gang der Justizpflege und Rechtsprechung von wesentlicher Bedeutung sei. Um so bemühender ist es für einen einheimischen Fachmann, der bestrebt ist, die Leistungen seines Amts den Anforderungen gemäß auf der Höhe zu halten, sehen zu müßen, wie ihm ohne nähere Prüfung und Orientierung in der Angelegenheit Hindernisse bereitet werden.

Nachdem die Justiz- und besonders die Kriminalstatistik im Kanton Bern nahezu 30 Jahre lang ziemlich vernachläßigt worden war, glaubte man an zuständiger Stelle das Versäumte tunlichst nachholen zu sollen. Auf den Antrag der Direktionen des Innern und der Justiz wurde daher vor bald 2 Jahren die Verbesserung und der Ausbau der Justiz- und Kriminalstatistik in das Arbeitsprogramm des kantonalen statistischen Bureaus aufgenommen und das letztere ließ es sich angelegen sein, dieses Pensum in Ausführung des erhaltenen Auftrags baldmöglichst zu erfüllen. Zunächst wurde die Erstellung einer Kriminalstatistik pro 1901—1905 in Verbindung mit der Kriminalkammer an Hand der von letzterer bereitwilligst zur Verfügung gestellten Akten unternommen; sodann war die Einführung und regelmäßige Fortsetzung sowie die Ausdehnung derselben auf alle korrektionellen Straffälle geplant. Eine auf Veranlassung des Prä-

Digitized by Google

sidenten der Kriminalkammer und im Auftrage des Justizdirektors unterm 12. Januar 1907 einberufene Kommission, worin die zuständigen Amtsstellen vertreten waren, stimmte den Vorschlägen des Vorstehers des kant. statistischen Bureaus zu und erkannte die Notwendigkeit einer bessern Pflege der Justiz- und Kriminalstatistik an. Selbstverständlich verursachten diese Vorarbeiten dem statistischen Bureau erhebliche Mehrausgaben, die sich im folgenden Jahre infolge der Einführung und regelmäßigen Bearbeitung der Statistik noch wesentlich gesteigert hätten. Es wurde daher bei Aufstellung des Voranschlags pro 1908 ein besonderer Kredit von Fr. 2500 beantragt und begründet; dieser Posten wurde jedoch vom Regierungsrate mit 4 gegen 3 Stimmen gestrichen und auch bei Anlaß der Budgetberatung im Großen Rate vom Finanzdirektor bekämpft, als der Präsident der Justizkommission, Hr. Fürsprecher Morgenthaler von Burgdorf, einen erneuten Antrag auf Gewährung eines bescheidenen Kreditansatzes für Kriminalstatistik gestellt hatte. Die Nichtgewährung der nötigen Hülfsmittel könnte unter Umständen, d. h. bei wirklicher Finanznot des Staates, noch sehr wohl begreiflich erscheinen, nicht aber die geäusserten Gründe, die für die Verweigerung des Kredits als durchaus unzutreffend bezeichnet werden müssen. Einerseits wird den Organen der amtlichen Statistik Liebhaberei vorgeworfen und andererseits wird wiederholt die Meinung ausgesprochen, dieser Dienstzweig sei nicht Sache des Kantons, sondern des Bundes. Solche Vorhalte und Behauptungen sind sehr bequem, aber die Volksvertretung sowie die öffentliche Meinung irreführend und die betreffende Amtsstelle diskreditierend, obschon sie unstichhaltig sind. Es muß hier davon abgesehen werden, die Unhaltbarkeit solcher Gründe näher zu beleuchten; es soll genügen, darauf hinzuweisen, daß die Pflege der amtlichen Statistik nicht nur in der bestimmungsgemäßen Aufgabe und Pflicht, sowie in der Existenz eines statistischen Amtes, sondern in der Kulturmission des modernen Staats überhaupt begründet ist. Uebrigens ist auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sowie auf die in praktischer und wissenschaftlicher Beziehung rühmlich anerkannte Tätigkeit des kant. statistischen Bureaus selbst zu verweisen. Nach § 2 der regierungsrätlichen Instruktion vom 10. Sept. 1857 hat dasselbe nämlich die Aufgabe, durch Sammlung und wissenschaftliche Bearbeitung statistischer Materialien sowohl für die öffentliche Belehrung als auch für die verschiedenen

Digitized by Google

Zwecke der Staatsverwaltung eine zuverläßige Einsicht in die Entwicklung der gesamten Kulturzustände des Bernervolkes zu gewähren und in der erneuten Instruktion des Regierungsrates vom 2. Juli 1888 sind die Aufgaben des statistischen Bureaus noch näher umschrieben in dem Sinne, daß demselben auch die Durchführung der von der Eidgenossenschaft (nach Bundesgesetz vom 23. Juli 1870) jeweilen angeordneten statistischen Erhebungen obliege und das jährliche Pensum des Bureaus gewöhnlich alle Jahre in einem vom Regierungsrat zu genehmigenden Arbeitsprogramm zu bestimmen sei. Es ist daher die amtliche Statistik wie alle übrigen staatlichen Aufgaben und Tätigkeitsgebiete vorläufig noch in dem Pflichtenkreis eines Kantons und besonders eines so großen, wie Bern, welcher bekanntlich das erste statistische Bureau in der Schweiz ins Leben rief. Und so lange die 25 verschiedenen Civil- und Strafgesetze in Kraft bestehen werden, ist eine einheitliche und umfassende Justiz- und Kriminalstatistik gar nicht denkbar, somit auch die Erstellung derselben dem Bunde nicht zuzumuten. Daß dann aber mit der Rechtsvereinheitlichung auch der Zeitpunkt für die Anhandnahme und Vereinheitlichung der Justiz- und Kriminalstatistik durch den Bund gekommen sein wird, erscheint als selbstverständlich; aber auch dann noch wird der Bund kaum alle Arbeit und Kosten auf sich nehmen, so wenig als er im Gebiete der Gesetzgebung jeweilen alles auf sich zu nehmen pflegt, vielmehr mit dem Erlaß von Ausführungsgesetzen den Kantonen oft kein geringes Stück Arbeit überläßt. Und gleichwie die kantonale Gesetzgebung derjenigen des Bundes häufig vorgearbeitet hat, so geschah es auch mit der Pflege der Statistik: Dieselbe ist und bleibt mit den Aufgaben des modernen Staates eng verknüpft und darf daher, da sie in gesetzgeberischer Beziehung vielfach nützliche, ja geradezu unentbehrliche Pionierdienste verrichtet, mit Recht darauf Anspruch erheben, dementsprechend behandelt zu werden.

Bern, 20. Nov. 1907. Dr. C. Mühlemann.

Nachschrift. Die vom kant. statistischen Bureau probeweise erstellte Kriminalstatistik pro 1901—1905 ist seither als Lieferung II der Mitteilungen des genannten Bureaus, Jahrg. 1907, im Druck erschienen. Da indeß die erforderlichen Hülfsmittel für die Fortsetzung und Ausdehnung derselben kategorisch verweigert wurden, bevor die zuständigen Behörden auch nur einen richtigen Begriff von der Sache

Digitized by Google

hatten, so kann selbstverständlich jetzt von einer Fortsetzung derselben und einem systematischen Ausbau der bern. Justistatistik überkaupt kaum mehr die Rede sein.

9. IV. 08. Obiger.

Rechtsprechung.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, Art. 50 ff. spez. 62 O. R.

Der Chemiker D. war bei der Société suisse des Explosifs angestellt; er erhielt den Auftrag, einen neuen Sprengstoff, Gamsit, nach einer ihm mitgeteilten Formel herzustellen. D. fabrizierte eine größere Quantität und machte damit im Laboratorium Versuche. Auf Anordnung seiner Vorgesetzten schickte er sich an zu einem praktischen Versuche in einem von S. ausgebeuteten Steinbruch, wozu auch S. mit einigen Mineuren erschien. Zur Füllung der vorher gebohrten Löcher bediente sich D. eines Holzstöpsels. Beim letzten Loch bot die Füllung wegen der Richtung des Loches einige Schwierigkeiten, die man durch Gebrauch eines Metallstöpsels zu überwinden suchte; dabei erfolgte eine kleine Detonation, die den Arbeiter, der den Metallstöpsel gehandhabt hatte, veranlaßte, sich zurückzuziehen. Auf die (wiederholte) Versicherung D's, daß keine Gefahr vorhanden sei, nahm ein anderer Arbeiter den Stöpsel zur Hand. Kaum hatte er ihn eingeführt, erfolgte eine Explosion, die den Arbeiter, sowie den daneben stehenden S. tötete. Die Hinterbliebenen des letztern belangten den D. und die Société suisse des Explosifs auf Schadenersatz. Beide wurden solidarisch verurteilt, D., weil er den Versuch in unrichtiger Weise angeordnet und ausgeführt habe, die Gesellschaft, weil sie nach Art. 62 O. R. für ihre Angestellten hafte und den Beweis nicht erbracht habe, daß sie alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet habe, um den Schaden zu verhüten. Die Gesellschaft habe zu ihrer Entlastung nur angeführt, „qu'elle ne pouvait s'adresser, pour les essais tentés à la carrière de la Massa, à un chimiste plus qualifié que D., ni à un

Digitized by Google

chef-mineur plus expérimenté que S."; das sei aber nicht genügend: die Fabrikation des neuen Sprengstoffes, speziell die praktische Probe, seien über den Rahmen der gewöhnlichen Betätigung des D. hinausgegangen, und es hätten dafür besondere Instruktionen erteilt und besondere Vorsichtsmaßregeln getroffen werden müssen.

Urteil vom 13. Oktober 1907 i. S. Sommaruga ca. Depierraz et Société suisse des Explosifs.

Schadenersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, Art. 61 O. R.

Die Knaben Adrien D. und Fernand C., letzterer 7-jährig, spalteten auf dem Werkplatz des Vaters des erstern Holz. Dabei hieb Adrien D. dem Fernand C. mit einem Beil zwei Finger der rechten Hand ab. Auf Entschädigung belangt, wurde Vater D. letztinstanzlich zu Fr. 1500 verurteilt, gestützt auf Art. 61 O. R. Der Mangel an Aufsicht wurde darin gefunden, daß der Werkplatz mit allen Werkzeugen den Kindern offen gestanden und daß diesen nicht verboten worden sei, die letztern zu gebrauchen.

Urteil vom 13. Dez. 1907 i. S. Ducret ca. Crochet.

Eigentumsgarantie im Nidwaldner Recht; Verletzung durch regierungsrätliche Verordnung.

Die Aktiengesellschaft der Hotels Bucher-Durrer Bürgenstock ist Eigentümerin einer von ihrem Rechtsvorfahren erstellten Privatstraße Ennetbürgen-Bürgenstock. Am 8. Juli 1907 beschloß der Regierungsrat von Nidwalden: „1. Sowohl die Besitzer der Bucher-Durrerschen Hotels auf Bürgenstock, als auch die Gesellschaft der Bürgenstockbahn, seien verhalten, jedermann die zu den Bürgenstock-Hotels und zur Station Bürgenstock führenden Straßen auch mit Wagen befahren zu lassen. 2. Für den nicht anzunehmenden Fall der fortgesetzten Renitenz müßte nebst strafrechtlichem Vorgehen gegenwärtigem Beschlusse auch durch die Polizei Nachachtung verschafft werden." Der Regierungsrat stützte sich dabei auf eine Bestimmung des kantonalen Wirtschaftsgesetzes, wonach ein Wirtchaftsgebäude ungehinderten, freien Zugang von außen haben muß. Auf Rekurs der Bürgenstockbahn und der A. G. der Hotels Bucher-Durrer Bürgenstock hob das Bundesgericht den regierungsrätlichen Beschluß, soweit er gegen die Bürgenstockbahn sich richtete, gänzlich, und soweit er gegen die Hotelgesellschaft sich richtete, insoweit auf, als er die Privatstraße Ennetbürgen-Bürgenstock

Digitized by Google

nicht nur dem Verkehr des Publikums mit den Hotels Bucher-Durrer, sondern dem allgemeinen öffentlichen Verkehr öffnete. Die Einbeziehung der Bürgenstockbahn wurde, da diese nicht Eigentümerin der Straße sei, als willkürlich erklärt. Und gegenüber der Hotelgesellschaft stelle sich der Beschluß als Eingriff intensivster Art in ihr Privateigentum dar, der angesichts der in der Nidwaldner Verfassung enthaltenen Garantie des Eigentums nur geschützt werden könnte, wenn er auf gesetzlicher Grundlage beruhen würde. Die Bestimmung des Wirtschaftsgesetzes, auf die sich der Beschluß stütze, vermöge aber höchstens zur Not die Oeffnung der Straßen für den Verkehr mit den Hotels zu rechtfertigen, nicht aber die Oeffnung für den allgemeinen Verkehr.

Urteil vom 16. Januar 1908 i. S. Hotelgesellschaft Bucher-Durrer A. G. und A. G. der Drahtseilbahn Kehrsiten-Bürgenstock ca. Nidwalden.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

11. *Art. 243 c. p. c.* Ordonnance sur les preuves. Serment décisoire. Inadmissibilité du serment du défendeur pour prouver le fait de séduction articulé contre lui. — Cfr. Monatsblatt XII, 370; Zeitschrift XXIV, 441 et arrêt Reusser c. Frieda Streun du 8 octobre 1905.

Ulysse Arthur Marchand contre Juliette Droz.
12 mars 1907 (Deuxième Chambre).

Extrait des considérants:

Les faits sur lesquels le serment décisoire est déféré au défendeur, sinon pas tous individuellement, du moins dans leur ensemble, constituent le reproche d'adultère et d'instigation à l'avortement. Aux termes de l'art. 243 c. p. c. le serment décisoire ne peut être déféré sur des faits portant atteinte à l'honneur de la personne qui est appelée à le prêter. Or, on ne saurait dire qu'une personne, en avouant qu'elle a commis un adultère ou une instigation à l'avortement, ne porte pas atteinte à son honneur, quoique en pense

Digitized by Google

le tribunal de première instance. Cette exception contre ce moyen de preuve est donc justifiée et point n'est besoin même d'examiner si l'art. 194 c. c. p. peut être appliqué par analogie.

12. ***Art. 625 c. c. fr.*** **Droit d'habitation. Il prend fin par suite d'un incendie qui, sans détruire la maison de fond en comble, rend le logement grevé impropre à être habité; il ne renaît point à la suite des réparations qui rendent le logement de nouveau habitable.**

Louise Læderer contre Félix Lachat.
26 mars 1907 (Première Chambre).

Extrait des considérants:

2. En fait il résulte de la procédure:

Suivant acte notarié Weber du 26 novembre 1896, Louis Læderer a vendu à Xavier Læderer la maison A. N. 517, 518. Cette vente réserve au profit de la demanderesse a jouissance gratuite et viagère de deux chambres et d'une cuisine au deuxième étage de la maison vendue. L'acquéreur étant décédé, sa veuve et ses enfants ont vendu cette maison au défendeur, Félix Lachat, par acte notarié Weber du 25 juin 1897, en réservant le même droit d'habitation au profit de la demanderesse. Celle-ci occupait personnellement ce logement lorsque dans la nuit du 29 au 30 mai 1905 un incendie éclata dans la maison du défendeur. Le feu ravagea tellement le deuxième étage qu'il devint inhabitable. Les combles ont été complètement détruits; la charpente et la toiture étaient carbonisées et devenues inutilisables. Le plafond au-dessous était complètement abîmé et les pompiers ont dû le percer pour faciliter l'écoulement de l'eau. On a dû refaire les plafonds, les planchers du logement de la demanderesse, de même que les faux planchers, la menuiserie et partiellement les parois endommagés. Il n'y avait plus de portes; les fenêtres de la chambre de devant n'avaient plus de carreaux et celles de la chambre de derrière étaient totalement consumées. La cheminée qui desservait ce logement a également dû être refaite. Après l'incendie, le logement de Dlle Læderer n'était plus habitable. La demanderesse le reconnait elle-même sous Nos 7, 9 et 22. Le jour même de l'incendie, Dlle Læderer est allée habiter avec dame Marie Læderer, sa belle-sœur, chez laquelle elle est restée environ deux mois; ensuite elle a demeuré pendant un certain temps dans la maison de M. Chapuis, docteur.

Digitized by Google

Lachat a remis à neuf le logement occupé avant l'incendie par Dlle Læderer et l'a rendu propre à être habité de nouveau. La distribution des lieux est restée la même qu'auparavant. La demanderesse est retournée dans le logement et elle y est restée jusqu'à fin décembre 1905, époque à laquelle elle est allée chez son neveu, Louis Læderer, en emportant les clefs du logement. Vers la fin avril 1906, Lachat a loué celui-ci à dame veuve J. Beauron à raison d'un loyer de 13 fr. par mois.

Le défendeur a adressé à M. Balimann, avocat, mandataire de la demanderesse, deux lettres-réponses, l'une en date du 13 janvier 1906 et l'autre du 1er mai 1906 dont on veut tirer la conséquence que Lachat aurait reconnu que le droit d'habitation de la demanderesse aurait subsisté après l'incendie.

3. Etant donnés les faits de la cause, trois questions sont à examiner.

a) — La première est celle de savoir si le droit d'habitation dont s'agit s'est éteint, le logement de la demanderesse ayant été détruit et rendu inhabitable par l'incendie qui s'est déclaré dans la maison du défendeur, dans la nuit du 29 au 30 mai 1905.

Les parties sont d'accord que le droit litigieux est bien un droit d'habitation.

L'art. 625 c. c. fr. dit: „que les droits d'habitation se perdent de la même manière que l'usufruit" et l'art. 617, dernier alinéa „que l'usufruit s'éteint par la *perte totale* de la *chose* sur laquelle l'usufruit est établi". De son côté l'art. 624 stipule: „Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment et que ce bâtiment soit détruit par un incendie... l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux."

Ainsi la perte totale de la chose entraîne l'extinction de l'usufruit auquel il faut assimiler le droit d'habitation, car tous les auteurs, d'accord avec la jurisprudence, sont unanimes à dire que les règles d'extinction de l'usufruit s'appliquent au droit d'habitation. Par la *chose*, il faut entendre le logement de la demanderesse au second étage de la maison du défendeur.

Quant au terme d'incendie „il faut supposer, disent Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Des biens, page 473, n° 747, que cet incendie constitue un cas fortuit par rapport à l'usufruitier, c'est-à-dire, qu'il ne lui soit pas imputable.

Digitized by Google

(On est d'accord que l'incendie n'est pas imputable à la demanderesse). Autrement, l'usufruitier serait tenu de reconstruire et alors on ne pourrait pas, sans une criante injustice, lui refuser le droit de jouir du sol et des matériaux"!

Les mêmes auteurs formulent la règle suivante pour déterminer quand il y a perte totale de la chose: „Pour que le changement de forme subi par la chose entraîne l'extinction de l'insufruit comme équivalent à une perte totale, il faut qu'un changement ait rendu *la chose complètement impropre à l'usage auquel elle était destinée.*"

Dernburg, Pandectes, vol. I, p. 607, dit que: „Der Niessbrauch erlischt infolge erheblicher Veränderung der dienenden Sache durch welche die bisherige Art der Nutzung unmöglich wird"; Aubry et Rau, 3ème éd., Tome 2, p. 458, estiment que par perte totale de la chose on doit comprendre non seulement la destruction physique, mais encore tout changement qui, survenu dans la forme constitutive et la manière d'être particulière de la chose, a pour résultat de la rendre impropre à l'usage en vue duquel l'usufruit a été établi.

Mourlon, Répétitions sur le code civil, vol. I., p. 823, 2e édition, s'exprime ainsi:

„Il faut donc.... décider que l'usufruit est éteint com„plètement lorsque la substance de la chose qui fait son „objet a été détruite en totalité, c'est-à-dire, lorsque la chose, „par suite des changements de forme qu'elle a subis est „complètement et définitivement impropre à l'usage auquel „elle était destinée"!

Une maison est entièrement détruite lorsqu'elle n'est plus *habitable*, bien que plusieurs pans de muraille soient restés debout, lorsque, en un mot, l'habitation n'est plus possible.

On ne peut pas entendre ce mot „totale" dans un sens absolu, car les choses se transforment, mais ne sont pas susceptibles de destruction absolue (Idem, pag. 822 t. 1.)

La jurisprudence est aussi d'accord sur ce point avec la doctrine:

Lorsque le bâtiment sur lequel portait l'usufruit a été incendié, le droit d'usufruit disparaît dès que l'habitation a cessé d'être possible (Besançon, 26 février 1856 v. Pandectes françaises, vol. III, Ve partie, p. 161; voir Ed. Fusier-Hermann, tome I, pag. 810, ad art. 624 c. c. fr.)

Nous avons vu que le logement de Dlle Læderer,

Digitized by Google

était devenu complètement inhabitable par suite de l'incendie du 29 au 30 mai 1905 et que la demanderesse l'a quitté de suite pour aller demeurer chez sa belle-sœur. On doit donc admettre que le droit d'habitation de Dlle Læderer dans la maison du défendeur s'est éteint à la suite de l'incendie qui y a éclaté dans la nuit du 29 au 30 mai 1905.

b) — La seconde question à examiner est celle de savoir si ce droit d'habitation a repris vie après la mise en état par le défendeur des locaux en faisant l'objet. A cet égard, Fusier-Hermann, t. 1, pag. 805, N° 37, s'exprime ainsi:

„L'usufruit définitivement éteint soit par la destruction physique, soit par le changement de la forme constitutive de la chose grevée de ce droit, ne *saurait renaître si l'objet de l'usufruit reprenait ultérieurement sa destination primitive,* soit par le fait de l'homme soit par un événement de la nature. Demolombe, t. 10, N° 713, Aubry et Rau, t. 2, pag. 514, § 234, Laurent, t. 7 N° 70".

Baudry Lacantinerie et Chauveau, en citant les mêmes passages de ces auteurs s'expriment ainsi (des biens, page 478 N° 752):

„L'usufruit qui se trouve éteint soit par la destruction physique, par changement de forme constitutive de la chose, ne renaît pas lorsque son objet reprend dans la suite sa primitive destination par le fait de l'homme ou grâce à un événement de la nature. La reconstruction d'une maison incendiée qui avait formé l'objet particulier d'un usufruit n'entraînerait pas la renaissance de ce droit... de sorte que les observations de l'art. 77 de la réplique où il est dit que les réparations n'ont rien changé à la forme constitutive de la maison sont sans portée. Il s'agit de l'incendie et non de la reconstruction.

13. Wie weit darf der Anwalt in Wahrung der Interessen seiner Partei gehen?

Wegmann ca. Wettstein.
12. April 1907 (II. Abteilg.).

Aus den Entscheidungsgründen:

6. In letzter Linie stellt sich der Beklagte, wie bereits erwähnt, auf den Standpunkt, er habe als Bevollmächtigter des Peyer, in Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten, ohne animus injuriandi gehandelt. Dabei beruft er sich auf

Digitized by Google

das Urteil des Bundesgerichts i. S. Hirt gegen Albrecht (BGE Bd. XXX S. 439 ff.).

In diesem Urteile hat das Bundesgericht sich dahin ausgesprochen, der Anwalt einer Partei dürfe zur Wahrung ihrer Interessen an sich ehrverletzende Behauptungen aufstellen, selbst wenn der Beweis für die objektive Richtigkeit derselben nicht erbracht ist, ohne damit rechtswidrig zu handeln, sofern es sich dabei nicht um bewusst oder leichtfertig unwahre Vorbringen handle.

Diese Rechtsanschauung, die eine durchaus zutreffende ist, ist auch der Beurteilung des vorliegenden Falles zu Grunde zu legen.

Tut man dies, so kann nicht zweifelhaft sein, dass der Beklagte die eingeklagten, nach dem Gesagten gänzlich unbegründeten Vorwürfe gegenüber dem Kläger in einer mindestens grob fahrlässigen und damit rechtswidrigen Weise erhoben hat. So wie die Sache nämlich lag, konnte der Beklagte bei der Rechtskenntnis, die bei ihm als Anwalt vorausgesetzt werden darf, bei auch nur etwelcher Ueberlegung unmöglich ein illoyales oder gar betrügerisches Verhalten des Klägers als vorhanden annehmen. Dabei ist selbstredend unerheblich, ob der Beklagte mit animus injuriandi gehandelt hat. Denn, wenn auch angenommen werden könnte, eine Beleidigungsabsicht sei auf Seiten des Beklagten nicht vorhanden gewesen — was der Ton des inkriminierten Briefes mehr als zweifelhaft erscheinen lässt — so vermöchte dies doch nur die Höhe der zu sprechenden Genugtuungssumme, nicht aber die Rechtswidrigkeit der Handlungsweise des Beklagten zu beeinflussen.

14. *Nachbarrecht (Satz. 380 C. G. B.),* actio negatoria: Störung durch die besonderen Verhältnisse im Betrieb einer Druckerei.

Wurstenberger ca. Benteli.
17. April 1907 (I. Abteilung).

Aus den Entscheidungsgründen:

....In diesen Störungen sieht der Kläger eine Beeinträchtigung seiner Eigentümerrechte und hat demgemäss in zutreffender Weise die actio negatoria nach Satz 380 C. ausgespielt.

Voraussetzung dieser Klage ist eine Handlungsweise des Nachbars, welche über die dem Eigentümer eines Grundstücks durch das Recht des Nachbars auferlegten Beschrän-

Digitized by Google

kungen hinausgreift und sich so als ein Eingriff in die Rechtssphäre des Anstössers charakterisiert. Ein solcher Eingriff liegt nun, wie das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 26. Januar 1898 (A. S. Bd. XXIV², p. 267) festgestellt hat, nur dann vor, wenn die Einwirkung des Nachbars auf das Grundstück des Klägers das Mass des Gewöhnlichen, dessen, was die Erfordernisse eines geordneten und gedeihlichen Zusammenlebens und Wirkens zu dulden zwingen, übersteigt, sei es, dass die Intensität oder Häufigkeit der Einwirkung eine besonders lästige oder schädigende, oder dass die Benutzungsart selbst eine aussergewöhnliche und die ordentliche Benutzung des Nachbargrundstückes beeinträchtigende sei. (Vgl. auch Monatsbl. für bern. Rechtspr. Bd. VII, p. 41; Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. 37, p. 242, Bd. 39, p. 197 ff.; König, Kommentar zu Satz 380, S. 118; Seuff. Arch. Bd. 53, S. 13; Urteil des hierseitigen Gerichtshofes i. S. Wild und Mith. c. A. G. Stallhof vom 12. März 1907.) Der Eingriff braucht sich demnach keineswegs auf die Integrität des klägerischen Grundstücks zu erstrecken, sondern erscheint auch dann als nicht zulässig, wenn bloss dessen Benutzbarkeit beeinträchtigt wird. Dabei ist allerdings auf eine durchschnittliche, der allgemeinen Verkehrslage entsprechende Benutzungsart abzustellen und nicht auf eine solche, die, wie es in casu für das Bureau des Klägers der Fall ist, in Bezug auf Ruhe und Ungestörtheit besonders hohe Ansprüche stellt (vgl. R. G. E. Bd. 57 Nr. 53, S. 227; Seuff. Arch. Bd. 38 n. F., Nr. 7, Bd. 45, Nr. 240), woraus sich mit zwingender Notwendigkeit der Schluss ergibt, dass jemand zum vornherein in dem Masse — aber auch nur in dem — auf den nachbarrechtlichen Schutz verzichten muss, als der Umstand, dass sein Grundstück in einer mehr oder minder verkehrs- oder industriereichen Gegend liegt, Belästigungen und Beeinträchtigungen in der Benutzung desselben mit sich bringt. Er kann für sich persönlich nicht einen grösseren Schutz beanspruchen als ihn die Allgemeinheit geniesst, braucht sich aber andererseits darüber hinaus nichts gefallen zu lassen. Dies festzustellen ist hier von besonderer Bedeutung, weil daraus hervorgeht, dass der Kläger dadurch, dass er an eine Druckerei angebaut hat, nur in dem angegebenen Umfange, und nicht, wie dies der Beklagte behauptet, auf jedweden nachbarrechtlichen Schutz verzichtet hat.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden

Digitized by Google

Fall an, so ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Grundstücke der Parteien sich in einem Quartiere der Stadt Bern befinden, das, *wenn es auch nicht ausschliesslich industrieller Natur ist, doch nicht den Charakter eines Villenquartiers beanspruchen kann.* An sich würde daher der Lärm, den eine Druckerei *normalerweise* verursacht, vom nachbarrechtlichen Gesichtspunkte aus betrachtet, sehr wohl als zulässig erscheinen und von den Anstössern geduldet werden müssen. Anders dagegen verhält es sich mit dem Lärm, den, nach den obigen Feststellungen, speziell die mehrerwähnte grosse Farbendruckschnellpresse verursacht. Dieser Lärm, der jedwede ruhige, geistige Arbeit vollständig ausschliesst oder doch arg erschwert, erscheint mit den für die nachbarlichen Beziehungen zweier Grundstückseigentümer geltenden Rechtsgrundsätzen auch in der angegebenen Verkehrslage nicht als vereinbar und daher als ein unzulässiger Eingriff in die Rechte des Klägers. Er übersteigt das Mass des Gewöhnlichen, dessen, was das geordnete, nachbarliche Zusammenleben zu dulden zwingt und es kann dem Kläger in der Tat nicht zugemutet werden, die an Intensität und Häufigkeit besonders lästigen und die Benutzbarkeit des klägerischen Grundstücks in dem genannten Grade beeinträchtigenden Einwirkungen von Seiten des Beklagten zu dulden. Der Kläger muss demnach auch berechtigt sein, dem Beklagten den Betrieb der fraglichen Schnellpresse, wie er zur Zeit der Klageerhebung stattfand, zu untersagen, wobei es dem Beklagten selbstverständlich freisteht, Massregeln zu ergreifen, welche den von der fraglichen Maschine hervorgerufenen Lärm derart herabsetzen, dass aus Grund des Nachbarrechtes nichts mehr gegen den Betrieb der Maschine einzuwenden ist. Mit dieser letztern Einschränkung will somit ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass der Betrieb einer sog. Farbendruckschnellpresse nicht allgemein als unzulässig erscheint, sondern nur unter den Verhältnissen, wie sie vorliegend, und zwar bis dahin, aufgetreten sind. Das erste Klagsbegehren ist demnach auch nur in dem Umfange zuzusprechen als dem Beklagten verboten wird, die grosse Farbendruckschnellpresse, genannt „Windsbraut", in bisheriger Weise zu benutzen.

15. Die Einwendung der Schuldtilgung nach Art. 104 O. R. wird nicht begründet durch den blossen *Besitz* der Schuldurkunde; es muss die *Rückgabe* des Schuldscheins nachgewiesen sein.

Wyniger ca. Burkhalter (I. Abteilung). 16. April 1907.

Digitized by Google

16. *Eigentumsvorbehalt oder Rücktrittsklausel* nach Art. 264 O. R.

Nicht der *obligatorische*, sondern der zu seiner Erfüllung eingegangene *dingliche Vertrag* ist massgebend für die Entscheidung der Frage, ob tatsächlich das Eigentum vorbehalten worden ist.

Konkursmasse Küng ca. Elektrizitätswerke Wynau.
23. April 1907. (I. Abt.)

Aus den Entscheidungsgründen:

2. In rechtlicher Beziehung kann nicht in Frage gestellt werden, daß ein beim Abschluß eines Kaufvertrages gemachter Eigentumsvorbehalt anerkannt werden muß. Denn obwohl ein solcher Vorbehalt eigentlich nicht im Sinne und Geiste unseres Obligationenrechtes liegt (vgl. Zeitschr. für schweiz. Recht Bd. 17, S. 322 ff.), könnte er nach dem heutigen Stande der Praxis, wie sich das Bundesgericht in seinem Urteile i. S. Weil c. Masse Kläy (vgl. Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs Bd. X, Nr. 74) ausgedrückt hat, doch nicht mehr ohne große Unzukömmlichkeiten als rechtlich unwirksam erklärt werden.

Ein solcher Eigentumsvorbehalt ist nun aber, wie aus dem Wortlaute des Kostenvoranschlages und der gestützt auf denselben erfolgten Bestellung hervorgeht, zweifelsohne beim Abschluß des Kaufvertrages um den in Frage stehenden Motor vereinbart worden. Entgegen der Auffassung der beklagten Konkursmasse nämlich, die darauf abstellt, es sei mit dem Hinweis auf Art. 264 O. R. ausdrücklich nur ein obligatorisches Rücktrittsrecht vom Vertrage Vertragswillen gewesen und es sei dieses obligatorische Recht im Konkurse des J. Küng im Hinblick auf Art. 212 B. u. K. hinfällig geworden, ist zu beachten, daß der ganze einschlägige Passus des Kostenvoranschlages*) trotz der ungenauen Bezugnahme auf Art. 264 O. R. offenbar ein *dingliches* Recht, das Eigentumsrecht, und nicht bloß ein obligatorisches Recht auf Rückgabe des Kaufsobjektes vorbehalten wollte (vgl. den ganz analogen Fall in der Zeitschr. des bern. Jur.-Vereins Bd. 40, S. 300 und Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs Bd. X, Nr. 74), weshalb von einer Anwendbarkeit des Art. 212 B. u. K. keine Rede sein kann.

*) Er lautet: „Bis zu vollständig geleisteter Zahlung der Kaufsumme bleibt die Ware unser Eigentum (laut schweiz. Obligationenrecht Art. 264) und darf dieselbe ohne unser Einverständnis weder verkauft noch verpfändet werden."

Digitized by Google

Die beklagte Konkursmasse hat denn auch keinen Anstand genommen, gestützt auf die getroffenen Vertragsvereinbarungen, den eingeklagten Anspruch wenigstens teilweise anzuerkennen.

3. Mit dieser Feststellung, daß im obligatorischen Vertrage ein Eigentumsvorbehalt gemacht worden sei, ist indessen die vorliegende Streitigkeit noch nicht erledigt. Denn maßgebend und für die Frage, ob tatsächlich das Eigentum vorbehalten worden sei, entscheidend, ist nicht sowohl der obligatorische als vielmehr der zu seiner Erfüllung eingegangene dingliche Vertrag. Uebergegangen ist das Eigentum dann, wenn die Lieferung, d. h. die Uebergabe der fraglichen Gegenstände zu Eigentum entweder bedingungslos oder dann nur suspensiv bedingt erfolgte, diese Bedingung aber, von der die Wirkung des animus tradendi bei der Lieferung abhängig gemacht wurde, später auch eingetreten ist (vgl. Stückelberger, Zeitschr. für schweiz. Recht Nr. I Bd. 17, S. 358). Wenn daher schon zuzugeben ist, daß die Vertragserfüllung in der Regel dem Inhalte des obligatorischen Vertrages entsprechen wird, so ist doch in jedem Falle zu untersuchen, wie der dingliche Vertrag gestaltet ist, d. h. ob er sich mit dem obligatorischen decke.

In dieser Beziehung ist nun hergestellt, daß der Inhalt des obligatorischen Vertrages zunächst nur darauf gerichtet war, daß die Verkäuferin vorderhand verpflichtet sein sollte, dem Käufer die im Voranschlag näher bezeichneten Gegenstände zu liefern, bezw. tatsächlich zu übergeben und daß das Eigentum nur dann übertragen werden sollte, wenn die Kaufsumme vollständig bezahlt war. Andererseits sollte auch der Käufer Küng zur Bezahlung des ganzen Kaufpreises erst verhalten werden können, wenn die Inbetriebsetzung erfolgt war. Nach dem Kaufvertrage war somit sowohl eine einheitliche Lieferung als eine einheitliche Zahlung vorgesehen, und bis die letztere ganz erfolgt war, sollte die Verkäuferin nicht verpflichtet sein, das Eigentum an dem Gelieferten zu übertragen.

Tatsächlich wurde nun aber die Ware nicht — dem Kaufvertrage entsprechend — *einheitlich*, d. h. als Ganzes geliefert und fakturiert, sondern es wurde vorerst, wie bereits bemerkt, nur der Motor, der Riemenspanner und der Anlässer geliefert und dem Käufer von der Klägerin hiefür unterm 31. Mai 1905 eine besondere Faktur im Betrage von Fr. 605. zugestellt, mit dem handschriftlichen

Digitized by Google

Beifügen: *„Wir gewärtigen Anweisung dieser Summe innert 14 Tagen.“* Damit verlangte die Klägerin für ihre Teillieferung offenbar eine entsprechende Teilzahlung und machte diesbezüglich den Eigentumsübergang an den damals gelieferten und fakturierten Waren jedenfalls nur abhängig von der Bezahlung dieser Summe und nicht etwa der ganzen im Kostenvoranschlag vorgesehenen Kaufsumme von Fr. 725., was übrigens, wie aus dem Nachstehenden ersichtlich, nicht einmal zuläßig gewesen wäre. Hieraus folgt aber, daß wenn, wie oben ausgeführt, der Käufer die Faktur vom 31. Mai 1905 bezahlt hat und diese Zahlung nicht nur vorbehaltlos angenommen, sondern geradezu verlangt worden ist, daß dann die Bedingung erfüllt ist, an die der Eigentumsübergang allein geknüpft war und damit auch das Eigentumsrecht an den in der Rechnung vom 31. Mai 1905 fakturierten Gegenständen an Küng überging.

Diese Interpretation des Verhaltens der Klägerin bei der Lieferung der streitigen Gegenstände entspricht übrigens einzig der Natur und dem Zwecke des Eigentumsvorbehaltes, der in der Form, wie er in der Praxis als zuläßig anerkannt wird, lediglich den Zweck verfolgen darf, den Lieferanten für den Gegenwert des wirklich Geleisteten sicher zu stellen, keineswegs aber auch den, dem Verkäufer für noch gar nicht existent gewordene Forderungen Sicherheiten zu verschaffen. So sagt denn auch das Bundesgericht in seinem Urteile i. S. Rod ca. Kirchner & Cie. (B. G. E. Bd. 29, S. 715) „Cette réserve a en vue de fournir au vendeur une garantie réelle pour le paiement de la chose vendue“ (vgl. auch B. G. E. Bd. 14, S. 116; Bd. 20, S. 540 Erw. 7; Bd. 25, S. 499). Nur durch eine solche Einschränkung des Eigentumsvorbehaltes auf die Sicherung des Kaufpreises für die Kaufsache und durch die Nichtzulassung anderer, nicht den Gegenwert des Geleisteten repräsentieren den Forderungen wird es möglich, ganz unhaltbaren Konsequenzen und insbesondere der Umgehung der zwingenden Grundsätze der Art. 210 ff., speziell Art. 219 O. R. betreffend die Faustpfandbestellung vorzubeugen.

Dem würde es aber widersprechen, wenn ein Eigentumsvorbehalt hinsichtlich der am 31. Mai gelieferten und am 17. Juni bezahlten Gegenstände, zu Gunsten der erst später gelieferten und fakturierten Gegenstände, oder sogar der Montagekosten, für welche ein Vorbehalt nicht einmal vorliegt, anerkannt würde.

Digitized by Google

Die Klage kann somit, soweit sie von der Beklagten nicht als begründet anerkannt worden ist, nicht geschützt werden.

17. ***Eigentumsvorbehalt im Konkurs des Käufers:* Seine Beziehungen zum obligatorischen und zum dinglichen Vertrag.**

Wenn im Zeitpunkt der Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes die Kaufsache eine Wertverminderung erlitten hat, so bleibt der Käufer für den Kaufpreis haftbar, soweit er durch den gegenwärtigen Wert der Kaufsache nicht gedeckt wird.

Konkursmasse Herzog ca. Charles Bertrand.
26. April 1907. (II. Abt.)

Aus den Entscheidungsgründen:

Man hat es unzweifelhaft zu tun mit einem Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt, bei welchem die Uebergabe der Kaufsache erfolgt und vor dem Eigentumsübergang der Käufer in Konkurs geraten ist. Da der Kaufvertrag verkäuferischerseits bereits erfüllt worden ist durch die Uebergabe der Sache, so bleibt im Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses über den Käufer einfach die Kaufpreisforderung des Verkäufers übrig, die derselbe als Konkursforderung geltend zu machen hat, wie jede andere Geldforderung. Die Wirkungen, welche der Konkursausbruch für die Liquidierung noch unerfüllter, zweiseitiger Verträge des Gemeinschuldners äußert, kommen deshalb hier nicht in Frage.

Was den weitern Punkt betrifft, welcher Einfluß der Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes nach dieser Richtung zukomme, so ist zwar die rechtliche Natur des gedachten Vorbehaltes in der Doktrin und Praxis sehr verschieden charakterisiert worden, allein gegenwärtig kann man als herrschend die auch vom Bundesgericht vertretene Ansicht betrachten, wonach der Eigentumsvorbehalt das obligatorische Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer an sich nicht berührt, sondern eine dem Traditionsvertrag beigefügte Bedingung ist.

Dabei handelt es sich um eine Sicherung des Verkäufers für seine Kaufpreisforderung, um eine Art Mobiliarhypothek. Der Käufer kann sich also unter jeden Umständen und jederzeit, selbst nach Einleitung der Vindikationsklage,

Digitized by Google

durch die Bezahlung des Kaufpreises vor der Vindikation der Kaufsache seitens des Verkäufers schützen — es könnte dies auch jetzt noch durch die Beklagte geschehen.

Im Falle des Konkurses des Käufers ist somit der Eigentumsvorbehalt dazu bestimmt, den Verkäufer für seine Kaufpreisforderung zu sichern in der Weise, daß er die Kaufsache wieder an sich zieht.

Dabei ist nun weiter zu beachten, daß die Gefahr der Kaufsache mit dem Kaufsabschluß auf den Käufer übergeht (emptoris est periculum). Wenn daher im Zeitpunkte der Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes die Kaufsache eine Wertverminderung erlitten hat, so bleibt doch der Käufer, da ihn die Gefahr trifft, für den ganzen Kaufpreis haftbar, soweit er durch den gegenwärtigen Wert der Kaufsache nicht gedeckt wird, (vgl. Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 40, S. 219; A. S. der bundesgerichtl. Entscheidungen, Bd. XXIX.², S. 712 ff; Zeitschr. Bd. 39, S. 160; Revue 9, Nr. 16).

18. Eine Widerklage ist bei Kompensationsverhältnissen auch dann ohne Konnexität mit der Vorklage zulässig, wenn und soweit ihr Betrag denjenigen der Vorklage übersteigt. (Vgl. Ztschr. d. bern. Jur.-Ver., Bd. 87, pag. 295.)

Christian Müller ca. Anna Hinni.

7. Mai 1907. (I. Abt.)

19. *Patentrecht: Zum Begriff der patentfähigen Erfindung;* Neuheit; Kombination bekannter technischer Konstruktionen; originelle Idee.

Judith & Cie. ca. O. Grosvernier und W. Voland.

21. Mai 1907. (I. Abt.)

Entscheidungsgründe:

1. Unter dem 14. Januar 1903 wurde vom eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum den beiden Beklagten, Oskar Grosvernier und Wilhelm Voland in Biel ein Patent für ein „nouveau système de coq de montre" erteilt. Die Patenturkunde hat im wesentlichen folgenden Wortlaut:

„Nouveau système de coq de montre.

La présente invention concerne un coq de montre qui est percé d'une fenêtre dans laquelle on peut ajuster la raquette de façon à ce qu'elle ne dépasse pas la surface du

Digitized by Google

coq. Le dessin annexé, donné à titre d'exemple représente, une forme d'exécution de l'objet de l'invention...

Revendication:

Un coq de montre qui présente une fenêtre dans laquelle on peut ajuster la raquette de façon à ce qu'elle ne dépasse pas la surface du coq.

Oscar Grosvernier.
Wilhelm Voland."

2. Gegen diese Patentierung richtet sich die vorliegend zu beurteilende Klage der Kommanditgesellschaft Judith & Cie. in Madretsch, durch welche die gerichtliche Nichtigerklärung des fraglichen Patentes anbegehrt wird. Seine Ursache hat der vorwürfige Rechtsstreit in einem von den heutigen Beklagten gegen die Gesellschafter Judith und Sulger, die unbeschränkt haftenden Inhaber der Firma Judith & Cie., Uhrenfabrik Seeland in Madretsch, eingeleiteten Strafverfahren wegen Patentnachahmung. Aus dieser Strafuntersuchung und aus der weitern Tatsache, daß sie Konkurrentin der Beklagten sei, leitet die klägerische Firma die Legitimation zur Klage her.

3. Die Nichtigkeitsklage der Firma Judith & Cie. stützt sich nach ihrem Art. 18 auf Art. 10, Ziffer 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 29. Juni 1888 betr. die Erfindungspatente. Im Einzelnen wird in der Klage einerseits behauptet, daß die patentierte Konstruktion der Beklagten, d. h. die Anfertigung eines (durchbrochenen) coq à fenêtre in der Weise, daß der Rücker (raquette) in den coq eingelassen wird und nirgends über denselben hinausragt, *nicht neu* im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmung sei, andererseits wird gesagt, daß überhaupt von einer *patentfähigen Erfindung* hiebei nicht gesprochen werden könne. Daß die „Erfindung" gewerblich nicht verwertbar sei, wird ausdrücklich nicht behauptet und könnte im Ernste auch nicht aufrecht erhalten werden, indem doch unzweifelhaft durch sie der Vorteil eines besseren Schutzes der Raquette gegen seitliche Verschiebungen erreicht wird; die Prozeßexperten bestätigen denn auch ausdrücklich, daß dieser Vorteil erreicht werde, wenn sie ihm auch keine große Bedeutung beilegen. Im übrigen gibt aber die Klägerin selbst zu, daß eine gewisse Raumersparnis durch die fragliche Konstruktion erzielt werde, womit auch wiederum die gewerbliche Verwertbarkeit der „Erfindung" bejaht wäre; freilich äußern sich dann die Experten dahin, daß das Einlassen des Rückers in den coq zu einer Verminderung der

Digitized by Google

Höhe nicht beitrage, wonach ein Nutzeffekt in dieser Richtung also nicht angenommen werden dürfte. (Vgl. das Expertengutachten zu Art. 52.)

4. Mit Bezug auf die Frage, ob die patentierte Erfindung der Beklagten als *neu* im Sinne des Gesetzes zu betrachten sei oder nicht, trifft die Nichtigkeitsklägerin die Beweislast; sie hat — will sie mit ihrer Einrede aufkommen — nachzuweisen, daß die fragliche Konstruktion *zur Zeit ihrer Patentierung* in der Schweiz schon so bekannt war, daß ihre Ausführung durch Sachverständige möglich war (vgl. Art. 2 des Gesetzes, Schweiz. Juristenzeitg., Bd. II, pag. 277).

Das Resultat der in dieser Frage ergangenen, ziemlich weitläufigen Beweisführung läßt sich nun dahin zusammenfassen, daß allerdings das *Einlassen der Raquette in den Coq sowohl, als auch die Anfertigung eines durchbrochenen Coq* (coq à fenêtre) *bereits vor der Erteilung des in Frage stehenden Patentes*, also vor dem 14. Januar 1903, bekannt und in der schweizerischen Uhrenindustrie eingeführt waren, daß dagegen die *Kombination dieser beiden Konstruktionen*, wie sie patentiert worden ist, damals in der Schweiz noch nicht bekannt war, demnach als *neu* im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmung zu betrachten ist (vgl. die Aussagen der Zeugen: Jeanneret, Bonsack, Ditisheim, Degoumois, womit auch die Experten in ihrem Gutachten zu Art. 11 übereinstimmen).

5. Es gilt nun in der Doktrin und Praxis als feststehend, daß auch die *Kombination* bekannter technischer Konstruktionen eine patentfähige Erfindung sein kann (vgl. B. G. E. Bd. XXX[2], Nr. 14 und 15), sofern ihr das Wesen einer solchen überhaupt eignet und sie sich nicht bloß als „handwerksmäßige Konstruktion" (Kohler, Patentrecht, pag. 95) darstellt. Die in vorliegender Streitsache zu lösende Frage stellt sich also folgendermaßen: Qualifiziert sich die von den Beklagten vorgenommene Kombination einer raquette incrustée mit einem coq à fenêtre derart, daß die Raquette in den Coq eingelassen wird, sodaß sie nirgends über den Coq hinausragt, wodurch ein Schutz der Raquette herbeigeführt wird, als Erfindung im Sinne des Gesetzes, oder bloß als handwerksmässige Verbindung zweier schon bekannter Konstruktionen?

Der Begriff der „Erfindung" ist in Theorie und Praxis stets ein sehr schwankender gewesen und bis heute hat sich keine allgemein gültige Formel für ihn gefunden; Kohler

Digitized by Google

(Patentrecht, pag. 95/97) nennt ihn einen historisch fließenden, und anderwärts (vgl. Zeitschr. für das ges. H. R., Bd. 44 n. F., pag. 159) wird er als ein „Werturteil" bezeichnet, das sich nicht in eine logische Formel fassen lasse. Auch die bundesgerichtliche Praxis hat den Begriff der Erfindung nicht immer gleich umschrieben: Während sie ihn früher eher enger fasste und neben dem Requisit einer schöpferischen Idee, eines originellen Gedankens, noch dasjenige der *Ueberwindung einer* bisher nicht überwundenen *technischen Schwierigkeit* — wobei auf die Größe dieser Schwierigkeit allerdings nichts ankomme — verlangte (vgl. B. G. E., Bd. XVI, pag. 596, Revue, Bd. 19, Nr. 74, Bd. 18, Nr. 45, Journal des trib. 1905, pag. 660, und übereinstimmend damit Kohler, Patentrecht, p. 100), zieht sie die Grenzen in neuerer Zeit etwas weiter, indem sie in der Hauptsache *lediglich eine originelle Idee* als notwendige Voraussetzung ansieht und der Frage, ob die Verwirklichung derselben die Ueberwindung technischer Schwierigkeiten bedingte oder nicht, keine Bedeutung mehr beimißt (vgl. B. G. E., Bd. XXX^2, Nr. 14 und 15, und namentlich Nr. 40; Schanze, pag. 7 und dort zitierte Entscheide).

Aus der angeführten Literatur und den zitierten Entscheiden ergibt sich für den fraglichen Begriff, wie er heute zu fassen ist, soviel, daß von einer Erfindung nicht gesprochen werden kann, wenn eine neue Kombination mit Rücksicht auf den Stand der Technik so nahe lag, *daß dabei von einer originellen — d. h. sich nicht jedem technisch Gebildeten, der den fraglichen Nutzeffekt wünscht, aufdrängenden — Idee nicht die Rede sein kann* und sich die Kombination mit Rücksicht hierauf lediglich als handwerksmäßiger Kunstgriff darstellt. Andernfalls aber ist anzunehmen, es liege eine Erfindung vor. Nach diesem Gesichtspunkt ist vorliegender Rechtsstreit über die Patentfähigkeit der in Frage stehenden Kombination zu entscheiden, während unerheblich ist, ob, dank dem System unseres Gesetzes, wonach die Patentierung auf Anmeldung hin ohne vorherige materielle Prüfung des Patentanspruchs erfolgt, eine Reihe von Konstruktionen patentiert wurden, die an Wert mit der vorliegenden auf gleicher Linie stehen und bisher unangefochten geblieben sind.

Soweit also im vorliegenden Falle die Experten aus diesem letztern Umstande einen Schluß auf die Patentfähigkeit der in Frage stehenden Kombination ableiten wollen,

Digitized by Google

kommt ihrem Gutachten keine Bedeutung bei. Dagegen ist zu beachten, daß sie die Konstruktion als „pratique“ und „ingénieuse“ bezeichnen und nach dem ganzen Inhalt ihres Gutachtens, auch abgesehen von dem Vergleiche mit andern patentierten Konstruktionen, der Meinung zu sein scheinen, daß es sich wirklich um eine Erfindung im Sinne der oben gegebenen Begriffsumschreibung handle. Entscheidend für die Beurteilung des vorliegenden Falles dürfte aber der Grundsatz sein, den das Bundesgericht in seinem Entscheide i. S. Bolliger & Cie. ca. C. F. Bally Söhne (A. S. Bd. XXX ², p. 338) aufgestellt hat, wonach, wenn wirklich etwas Neues, mit Nutzen zu Verwendendes vorliegt, das aber gleichwohl bisher niemand ausfindig gemacht hat, in der Regel der Schluß gerechtfertigt erscheint, daß es nur durch diejenige geistige Tätigkeit zu eruieren war, die eben als erfinderisch bezeichnet zu werden pflegt. Wendet man diese Präsumption — denn um eine solche handelt es sich eigentlich — auf den der Beurteilung unterliegenden Fall an, so darf in der Tat angenommen werden, es liege eine schutzfähige Erfindung vor.

Danach ist die Nichtigkeitsklage der Firma Judith & Cie. abzuweisen.

20. Markenschutz: *Gerichtsstand für provisorische Verfügungen* gemäss Art. 31 des Markenschutzgesetzes.

Chandon & Cie. ca. A. Blanchard.
22. Mai 1907. (I. Abt.)

Aus den Entscheidungsgründen:

Aus all diesen Urkunden ergibt sich mit unzweifelhafter Sicherheit, daß für die in Betracht fallende Zeit — das Gesuch um Erlaß einer provisorischen Verfügung wurde dem Impetraten zugestellt am 24. September 1906 — *das Domizil des Beklagten Lausanne war.*

Gewiß und auch von der Impetrantin Chandon & Cie. nicht bestritten ist nun, daß es sich bei dem *in der Hauptsache* von ihr gegenüber Blanchard aus den Bestimmungen über Markenschutz geltend zu machenden Anspruche, zu dessen Wahrung und Sicherung die vorliegende provisorische Verfügung dienen soll, um einen *persönlichen Anspruch* handelt, zu dessen Beurteilung ohne Zweifel der Richter des Wohnsitzes des Blanchard und nicht der bern. Richter zuständig sein muß (vgl. B. G. E. Bd. XII, pag. 31).

Digitized by Google

Danach ist zweifellos, daß auch zur Beurteilung des vorliegenden Gesuches um provisorische Verfügung nicht der bernische Richter zuständig sein kann, sofern für die Bestimmung der örtlichen Kompetenz hiebei die Vorschriften des bernischen Civilprozeßes maßgebend sind; denn nach dem allein in Betracht fallenden § 308 C. P. — andere kantonal-prozeßuale Bestimmungen (z. B. im Einführungsgesetz) über diese Kompetenzfrage existieren nicht — muß das Gesuch um provisorische Verfügungen bei dem *in der Hauptsache zuständigen* Richter angebracht werden, ist also vom bernischen Richter nicht zu beurteilen, sofern er — wie in casu — zur Beurteilung der Hauptsache nicht zuständig ist.

Aber auch wenn angenommen werden sollte, der Gerichtsstand für die Beurteilung des in Frage stehenden Gesuches werde nicht durch die Regeln des kant. bernischen Prozesses bestimmt, vielmehr ergebe sich eine Vorschrift über den Gerichtsstand aus Art. 31 des Markenschutzgesetzes in Verbindung mit den vorausgehenden Bestimmungen leg. cit., so könnte doch auch nach diesen Gesetzesbestimmungen die Kompetenz des bernischen Gerichtshofes nicht bejaht werden. Denn das in Art. 31 leg. cit. genannte „Gericht" kann nach dem Zusammenhange dieses Artikels mit Art. 27 ff. kein anderes sein, als eben auch das zur Beurteilung der Hauptsache zuständige.

Danach ist auf jeden Fall die Kompetenz des bernischen Appellations- und Kassationshofes zur Beurteilung des von Chandon & Cie. ans Recht gestellten Gesuches um provisorische Verfügung, soweit es sich gegen den Impetraten Blanchard richtet, abzulehnen, dem A. Blanchard also sein Zwischenbegehren zuzusprechen.

Es mag noch festgestellt werden, daß die Impetrantin Chandon & Cie. sich gegenüber diesem Incidentalbegehren zu Unrecht und ohne Erfolg auf das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Boßhardt vom 19. März 1892 (A. S. Bd. 18, pag. 46) beruft. Denn in diesem Entscheid ist allerdings die Zulässigkeit einer vorsorglichen Verfügung durch einen andern Richter als den Richter des Wohnortes eines mit persönlicher Klage zu Belangenden — wenn auch in ganz anderem Zusammenhange und unter ganz andern Voraussetzungen, als sie hier vorliegen — bejaht worden, aber eben auf Grund kantonaler Prozeßbestimmungen, die den Gerichtsstand außerhalb des Wohnortkantons fixierten; in

Digitized by Google

casu dagegen lehnen ja auch die in Betracht fallenden kantonalen Prozeßvorschriften die Kompetenz eines andern Richters, als des Wohnsitzrichters, für die Beurteilung des Gesuches um provisorische Maßnahmen ab.

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

---

12. Gesetz über den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen. Filiale des Hauptgeschäftes oder vorübergehende Eröffnung eines Warenlagers?

Polizeikammer, i. S. Friedrich Barfuss, vom 12. Juni 1907.

Aus den Entscheidungsgründen:

„I. Der Polizeirichter von Bern gelangte in seinem Erkenntnisse vom 1. Februar 1907 zu einer Schuldigerklärung des Friedrich Barfuss wegen Widerhandlung gegen das Gesetz betr. den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen, indem er annahm, dass sich das vom Angeschuldigten an der Schauplatzgasse errichtete Dépôt nicht als eine Filiale, sondern als eine vorübergehende Eröffnung eines Warenlagers qualifiziere.

II. Die Polizeikammer schliesst sich der vom Vorderrichter vertretenen Auffassung an.

Das angeführte Gesetz betrachtet die vorübergehende Eröffnung eines Warenlagers ausserhalb der Dauer von Märkten (Ausverkäufe, liquidations, étalages, déballages etc.) als Gewerbebetrieb im Umherziehen (Hausieren) und verlangt zu dessen Ausübung den Besitz eines Patentes (§ 3 Ziff. 1 litt. b, 4 l. c.). Hiebei ist zu bemerken, daß das Gesetz in der *bloss vorübergehenden* Eröffnung das Hausiermässige erblickt.

Im vorliegenden Falle ist — da der Angeschuldigte den Tatbestand zugiebt — einzig zu untersuchen, ob die Errichtung der Warenablage an der Schauplatzgasse als eine Filiale des Hauptgeschäftes, oder aber als eine vorübergehende Eröffnung eines Warenlagers anzusehen ist. Aus der Art und Weise, wie der Angeschuldigte sein Warenlager dem Publikum zur Kenntnis brachte, ergiebt sich, dass derselbe an der Schauplatzgasse nicht eine Zweig-

Digitized by Google

niederlassung seines Geschäftes eröffnen wollte; er vermied es in den Publikationen, seinen Namen zu nennen oder auch nur eine Andeutung zu machen, daß das neueröffnete Warenlager mit dem Hauptgeschäfte in Beziehung stehe. Der Angeschuldigte wollte offenbar mit seinen Publikationen beim Publikum den Glauben erwecken, daß es sich um einen günstigen Gelegenheitskauf handle, deshalb hatte er ein Interesse daran, das Publikum nicht merken zu lassen, daß *er* der Verkäufer sei. Im Uebrigen wird auf die bezüglichen Ausführungen des erstinstanzlichen Richters verwiesen, insbesondere in Bezug auf die verschiedenen Einwendungen, welche der Angeschuldigte gegen die Anschuldigung in erster Instanz erhoben hatte.

Daß es sich in casu um eine *vorübergehende* Eröffnung eines Warenlagers handelt, geht aus der eigenen Erklärung des Angeschuldigten hervor, wonach die Dauer des Mietvertrages 10—14 Tage betragen habe. Der Angeschuldigte hat im weitern auch zugegeben, daß er nicht im Besitz eines Patentes gewesen ist.

Friedrich Barfuss muß demnach der eingeklagten Widerhandlung schuldig erklärt werden.

III. Was die Strafausmessung anbelangt, so ist zu bemerken: Die eingeklagte Widerhandlung ist mit einer Geldbusse von Fr. 2 bis 200 bedroht. In Anbetracht des großen Gewinnes, welchen sich der Angeschuldigte durch sein Geschäftsgebahren ermöglicht und der Gefahr, welche dasselbe für das kaufende Publikum und den Handels- und Gewerbestand mit sich bringen kann, muß eine Erhöhung der erstinstanzlich ausgesprochenen Buße als gerechtfertigt erscheinen. Der Gerichtshof hält eine Busse von Fr. 50 als den Umständen angemessen.

Der Angeschuldigte ist im weitern zur Nachbezahlung einer verschlagenen Patentgebühr von Fr. 60 an den Staat Bern und einer Visumsgebühr von 20 Rp. an die Gemeinde Bern zu verurteilen."

18. ***Art. 343, Al. 3 St. V.*** **— Wann ist die Kostenauflage an den freigesprochenen Angeschuldigten gerechtfertigt?**

Polizeikammer, i. S. Lossier, Müller und Anselmier, wegen fahrlässiger Tötung, vom 29. Juni 1907.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Es ist davon auszugehen, daß die gänzliche oder teilweise Auflage der Untersuchungskosten an den freige-

Digitized by Google

sprochenen Angeschuldigten nicht auf einem zwar nicht zur Verurteilung führenden aber nebenbei zu verwertenden Anfange von Beweis in der Hauptsache beruht, sondern auf einer erwiesenen anderweitigen Verschuldung des Freigesprochenen, nämlich darauf, daß der in der Hauptsache Freigesprochene erwiesenermaßen die Veranlassung des gegen ihn gerichteten Strafverfahrens verschuldet hat. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Maria Müller vom 19. Dezember 1906.) Die Kostenauflage darf unter keinen Umständen einem Verdachtsurteile gleichkommen.

2. Die Polizeikammer hält nun dafür, daß in casu verschiedene Tatsachen vorliegen, die sich als Verdachtsgründe, durch welche das Strafverfahren veranlaßt wurde, qualifizieren; sie hält im weitern dafür, daß diese Verdachtsgründe durch gesetzwidrige und mutwillige, den Angeschuldigten zum Verschulden anzurechnende Handlungen erregt wurden. .... Wie sich aus dem französischen Texte ergibt, versteht das Gesetz unter „gesetzwidrigen Handlungen“ nicht nur Handlungen, welche wider das Strafgesetz verstoßen, sondern überhaupt rechtswidrige Handlungen. Der französische Text spricht ganz allgemein von „actes ou propos contraires aux lois“. „Mutwillige Handlungen“ giebt der französische Text mit „actes repréhensibles“ wieder. Als mutwillige Handlungen sind somit diejenigen anzusehen, welche dem Angeschuldigten zum Vorwurf gemacht werden können. Um eine Kostenauflage rechtfertigen zu können, müssen sie zudem, wie sich aus dem Relativsatze ergiebt, schuldhaft sein.

.... An der Richtigkeit der Auffassung der Rekursinstanz vermag es nichts zu ändern, wenn die im Expertengutachten angeführten und für die Angeschuldigten als belastend bezeichneten Tatsachen im Laufe der Hauptverhandlung im einen oder andern Punkte eine für die Angeschuldigten günstigere Darstellung erfahren haben. Es handelt sich für den Gerichtshof einzig um die Frage, ob sich eine Kostenauflage an die freigesprochenen Angeschuldigten rechtfertige. Es ist daher einzig auf die Sachlage abzustellen, wie sie sich vor Anhebung der *gerichtlichen* Strafverfolgung gestaltet hat. Wie der Regierungsstatthalter damals bei der Prüfung der Frage, ob die Angelegenheit gerichtlich zu verfolgen sei, von dem Gutachten der von ihm bestellten Experten ausgegangen ist, so muß auch das urteilende Gericht einzig auf dieses Beweismittel abstellen, wenn es festzustellen hat, ob in jenem Zeitpunkt Verdachts-

Digitized by Google

gründe vorlagen, welche den Regierungsstatthalter veranlaßten, die Strafverfolgung beim Untersuchungsrichter anhängig zu machen, und ob diese Verdachtsgründe den Angeschuldigten zum Verschulden anzurechnen seien.

Das Gutachten selber aber bietet alle Gewähr für seine Objektivität und Richtigkeit. Die Polizeikammer hat keinen Anlaß an der Zuverlässigkeit der Experten zu zweifeln, gelten diese doch als erste Autoritäten auf ihrem Gebiete."

14. Le rétablissement antérieur des lieux ne constitue pas une peine pouvant rendre une cause susceptible d'appel d'après les art. 449 & 451 c. p. p.

Chambre de police, arrêt du 6 juillet 1907 dans la cause Marguerite Leclerc.

Extrait des considérants:

„D'après les art. 449 et 451 c. p. p. on peut appeler d'un jugement rendu par le juge de police, lorsque le maximum de la peine prononcée par la loi dépasse 50 fr. d'amende ou huit jours de prison, ou lorsque la loi édicte une autre peine que l'amende ou l'emprisonnement.

Le maximum de l'amende prévue par l'art. 17 du décret du 13 mars 1900 étant de 50 fr., les jugements rendus en application de cet article ne seraient pas susceptibles d'appel. Mais il faut se demander si le dit article 17 n'édicte pas une autre peine que l'amende: il prévoit le rétablissement immédiat de l'état antérieur des lieux et de la construction ou la modification de celle-ci dans un délai à fixer par les autorités et conformément aux prescriptions. On ne saurait donner le caractère d'une peine à cette prescription; on peut en concevoir l'application sans qu'il y ait eu d'enquête pénale. Il n'y a pas de prescription analogue dans l'énumération des peines prévues par le code pénal et les mesures édictées en dehors de celles-ci, par des lois spéciales, ne sont pas des peines proprement dites. La prescription de l'art. 17 du décret du 13 mars 1900 a plutôt un caractère administratif; ce n'est ni une peine principale, ni une peine subsidiaire, accessoire ou une conséquence de peine principale.

Un jugement rendu par le juge de police n'étant susceptible d'appel que si la peine édictée par la loi dépasse 50 fr. d'amende ou 8 jours de prison ou que si la loi édicte une *peine* autre que l'amende ou l'emprisonnement, la chambre de police ne peut au cas particulier entrer en matière

Digitized by Google

sur l'appel qui a été formulé relativement à la contravention au décret du 13 mars 1900; elle n'a pas à examiner non plus la question de savoir si l'autorité administrative peut encore exiger le rétablissement antérieur des lieux".

15. *Art. 168 St. G.* Sowohl die Ortspolizeibehörde als auch die Staatspolizeibehörde ist antragsberechtigt.

Polizeikammer, i. S. Gottschall, Fischer & Cons., vom 15. Juli 1907.

(Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Friedr. Albert Ramseyer & Mithafte, vom 8. August 1906, Zeitschrift XLIII, 337 ff., welches durch das vorliegende ergänzt wird.)

Aus den Entscheidungsgründen:

„Fürsprecher *Zgraggen* stellte in erster Instanz namens der Frau Lina *Fischer* geb. Sieber folgende Vorfragsbegehren:

.... „„3. Es sei dem gegen die Lina Fischer eingeleiteten Strafverfahren wegen gewerbsmässiger Kuppelei mangels eines gesetzlichen förmlichen Strafantrages seitens der kompetenten Polizeibehörde keine weitere Folge zu geben und die ergangenen Kosten dem Staate aufzuerlegen, unter Zuerkennung einer angemessenen Entschädigung an Frau Lina Fischer, unter Kostenfolge.

Die von Fürsprecher Zgraggen sub *Ziffer 3* erhobene Vorfrage beurteilt sich wie folgt:

1. Die Verteidigung, das erstinstanzliche Gericht und die Rekursinstanz gehen darin einig, dass Art. 168 St. G. in seiner ursprünglichen Fassung anzuwenden ist, wonach zur Verfolgung der gewerbsmässigen Begünstigung der Unzucht ein Antrag *„der Polizeibehörde"* verlangt wird.

In ihrem Urteile i. S. Friedrich Albert Ramseyer und Cons. vom 8. August 1906 (Zeitschrift des bern. Jur. Ver. Bd. XLIII S. 337 ff.) hat die Polizeikammer die Ansicht vertreten, dass sowohl die Ortspolizeibehörde wie die Staatspolizeibehörde zu dem in Art. 168 St. G. vorgesehenen Antrage berechtigt sei. Diese Auffassung wurde auch im Urteil i. S. Rosa Gottschall und Walter Giezendanner vom 29. Dezember 1906, sowie im Urteil i. S. Anna Elisabeth Burri und Cons. vom 7. Januar 1907 festgehalten. Auch das korrektionelle Gericht von Bern stellte sich in den letztgenannten Strafsachen auf den von der Rekursinstanz im Urteil i. S. Ramseyer eingenommenen Standpunkt.

In der vorliegenden Strafsache sah sich nun die Vor-

Digitized by Google

instanz veranlasst, auf ihre ursprüngliche im Urteil Ramseyer ausgesprochene Ansicht zurückzukommen, wonach nur die Ortspolizeibehörde als antragsberechtigt angesehen wird.

Die Vorinstanz beruft sich zur Begründung ihrer Abweichung von der bisherigen Praxis auf die im Kreisschreiben der Anklagekammer vom 9. Februar 1867 angegebenen Gründe und zieht im weitern die Entstehungsgeschichte des Art. 168 St. G., sowie die im Jahre 1906 erschienene Schrift des Herrn Th. Weiss „Die Prostitutionsfrage in der Schweiz und das Schweiz. Strafgesetzbuch" heran. Die Verteidigung teilt die Auffassung des erstinstanzlichen Gerichtes, zum Teil mit anderer Begründung.

2. Die Polizeikammer gelangt nach eingehender Würdigung der von der Vorinstanz und der Verteidigung gegen die Auffassung des Gerichtshofes geltend gemachten Gründe und nach erneutem Studium der Frage zum gleichen Ergebnisse wie in ihrem Urteil i. S. Ramseyer vom 6. Aug. 1906.

a) Der Wortlaut des Art. 168 St. G. — „auf Antrag der Polizeibehörde" — lässt in der Tat Zweifel übrig. Bei einer blossen grammatikalischen Auslegung sind beide Auffassungen möglich. Unhaltbar ist zwar die Ansicht, dass unter dem Ausdruck „Polizeibehörde" nur ein Kollegium und nicht auch ein Einzelbeamter zu verstehen sei. Diese Auffassung wäre bei einer sorgfältigen und präzisen Gesetzessprache zutreffend; in der bernischen Gesetzgebung aber wird der Ausdruck „Behörde" bald für ein Kollegium, bald für einen Einzelbeamten gebraucht. Das Gesetz über die Organisation der *Gerichtsbehörden* vom 31. Juli 1847 zählt unter den *„Gerichtsbehörden"* (Titel II) u. a. Friedensrichter, Gerichtspräsident und Amtsgericht auf, unter den *„Behörden* der Amtsbezirke" werden erwähnt: der Amtsgerichtspräsident als Einzelrichter und das Amtsgericht. Auch in andern Gesetzen wird der Ausdruck „Behörde" für Kollegium und Einzelrichter gebraucht, z. B. in der Kantonsverfassung und im Gesetz über die Amtspflichten des Regierungsstatthalters vom 3. Dezember 1831 (Vgl. dessen Art. 32). Einzig im Verantwortlichkeitsgesetz vom 19. Mai 1851 wird streng unterschieden zwischen einer Behörde als Kollegium und einem Einzelbeamten, was sich aus der Natur der Sache vollauf erklärt.

b) Bei der Unzuverlässigkeit des Wortlautes, muss daher untersucht werden, was der Gesetzgeber unter Polizeibehörde verstanden hat.

Digitized by Google

Die Vorinstanz stützte sich dabei auf die Entstehungsgeschichte des Art. 168 St. G., insbesondere auf die Voten des Gesetzesredaktors Burri in der zweiten Beratung des Strafgesetzbuches und des Grossrates Moschard bei der Behandlung des Anzugs v. Büren.

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 168 St. G. geht nun zunächst hervor, dass schon im gleichen Jahre, wo das Strafgesetzbuch in Kraft war, Zweifel über die Bedeutung des Ausdrucks „auf Antrag der Polizeibehörde" auftauchten, und daß der Anzug v. Büren denselben ein Ende machen sollte. Wenn nun auch die authentische Interpretation aus Gründen der formellen Verfassungsmässigkeit nicht als zustandegekommen angesehen werden kann, so dürfen doch aus der Verhandlung diejenigen Voten, welche Anhaltspunkte für die Meinung des Gesetzgebers des Strafgesetzbuches bieten, zur Lösung der vorliegenden Frage herangezogen werden.

Aus den Verhandlungen des Grossen Rates über den jetzigen Art. 168 St. G. geht nach der Ansicht der Polizeikammer nicht hervor, dass der Gesetzgeber unter dem Ausdruck „Polizeibehörde" bloss die Ortspolizeibehörde verstanden hat. Der Gesetzesredaktor Burri sagt mit keinem Worte etwas davon, dass nur die Ortspolizeibehörde antragsberechtigt sein solle, ebensowenig führt die Begründung seines Antrages mit Notwendigkeit zum Schlusse, dass nur der Ortspolizeibehörde der Antrag zustehe. Der Antragssteller wendet sich nur gegen die *Verfolgung* des Deliktes *von Amtes wegen*. Die übrigen Voten — einzig in Betracht fallen diejenigen der Herren v. Büren und Karrer — bilden auch keinen Anhaltspunkt für die Beschränkung des Ausdruckes „Polizeibehörde" auf die Ortspolizeibehörde. Die beiden letzten Voten in Verbindung mit den Ausführungen der Herren v. Büren und Karrer bei der Behandlung des Anzuges v. Büren lassen eher auf die gegenteilige Meinung schliessen. v. Büren tritt dem Antrage des Gesetzesredaktors entgegen und bemerkt, er könne den Anträgen nicht zustimmen, weil er nicht verstehen könne, daß die Errichtung gewißer Anstalten von der *Behörde* aus gutgeheißen werde; bei der Begründung seines Anzuges wehrt er sich gegen die einschränkende Bedeutung, welche die Anklagekammer in ihrem Kreisschreiben dem Ausdrucke „Polizeibehörde" beigemessen hat. Karrer schließt sich dagegen den Anträgen Burris an mit der Bemerkung „ich

Digitized by Google

möchte diesem Antrag beitreten, indem ich es für zweckmäßig halte, in dieser Beziehung der *Polizeibehörde* einen etwas weitern Spielraum einzuräumen, sei es in diesem oder jenem Sinne." Bei der Behandlung des Anzuges v. Büren erklärt sich Karrer mit dem Antrage grundsätzlich einverstanden und führt im weitern aus: „es ist mir auch aufgefallen, daß die Anklagekammer dem Ausdruck „Polizeibehörde" eine so einschränkende Bedeutung gegeben hat. — — Ich bin nun nicht der Ansicht, daß, *wenn ein Gesetz sich deutlich ausspricht,* bei jedem Urteil eines Gerichtes eine authentische Interpretation vom Großen Rate verlangt werden soll, — —. Ich glaube aber, wir haben ein anderes Mittel, *um der betreffenden Behörde einen Wink zu geben, wie der Große Rat die Sache ansieht* und wie der Artikel in Zukunft soll ausgelegt werden. Wir können nämlich eine motivierte Tagesordnung beschließen, d. h. den Anzug nicht erheblich erklären, aber die Motive angeben, warum dies nicht geschehen ist. Ich stelle deshalb folgenden Antrag: „In Betrachtung, daß unter dem in § 168 des Strafgesetzes enthaltenen Ausdrucke „„auf Antrag der Polizeibehörde"" *nicht bloß die Orts-, sondern auch die Staatspolizeibehörde* verstanden sein soll, wird der vorliegende Anzug nicht erheblich erklärt". — Dieses Votum gewinnt an Bedeutung durch die Stellung des Redners als gewesener Berichterstatter der Kommission für das Strafgesetzbuch.

Einen wichtigen Anhaltspunkt für die Untersuchung, was der Gesetzgeber unter dem Ausdruck „auf Antrag der Polizeibehörde" verstanden hat, liefert die damalige Gesetzgebung über die Sittenpolizei. Nach den Tatsachen, welche zur Begründung des Antrages auf Einfügung der Worte „auf Antrag der Polizeibehörde" angeführt wurden, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber den Träger der *Sittenpolizei* als zur Antragsstellung geeignet und berechtigt angesehen hat. Nach der Bestimmung des Art. 16 des Gesetzes über die Amtspflichten des Regierungsstatthalters und der Unterstatthalter vom 31. Dezember 1831 steht dem *Regierungsstatthalter* die *Sittenpolizei* zu; als Stellvertreter desselben in den Gemeinden wird in Art. 37 der Unterstatthalter bezeichnet, welche Beamtung nach dem Gesetz über die Aufhebung der Beamtung der Unterstatthalter vom 18. Dezember 1846 aufgehoben und den Präsidenten der Einwohnergemeinderäte übertragen wurde. Der Gesetzgeber

Digitized by Google

hat also in erster Linie den *Regierungsstatthalter* als antragsberechtigte „Polizeibehörde" im Auge gehabt. Zu bemerken ist, daß der angeführte Art. 16 noch heute zu Recht besteht.

Aus diesen Gründen, in Verbindung mit den bezüglichen Ausführungen im Urteile i. S. Ramseyer, gelangt die Polizeikammer zur Bestätigung der im letztgenannten Erkenntnisse festgelegten Auffassung, wonach Staats- und Ortspolizeibehörde zur Antragsstellung befugt sind.

Die von der Verteidigung zur Begründung ihrer Auffassung angeführten Zweckmäßigkeitsgründe, wonach die Ortspolizei einzig geeignet sei, um über die Antragsstellung zu entscheiden, mögen, — was übrigens nicht zu untersuchen ist —, de lege ferenda das Richtige treffen, für die Lösung der vorliegenden Frage können sie nicht ausschlaggebend sein. Ebenso verhält es sich mit den beachtenswerten Ausführungen des Herrn Weiß in der erwähnten Schrift.

Der Einwand der Verteidigung, daß bei der Auffassung der Polizeikammer der Regierungsstatthalter zu seinem eigenen Kontrollbeamten werde, ist nicht stichhaltig. Es mag allerdings für die bernische Gesetzgebung auffallend erscheinen, daß die Verfolgung und Bestrafung wegen eines Deliktes vom Antrag einer *Behörde* abhängig ist, zumal wenn diese Behörde die gleiche ist, wie diejenige, welche die gerichtliche Strafverfolgung einzuleiten hat. Es ist aber zu berücksichtigen, daß der Antrag auf Verfolgung wegen gewerbsmäßiger Kuppelei und die Ueberweisung der Strafsache an den Untersuchungsrichter gemäß Art. 74 St. V. durchaus verschiedener Natur sind. Die Ueberweisung an den Untersuchungsrichter enthält die Feststellung, daß nicht von vornherein ausgeschlossen sei, daß ein Delikt vorliege. Der Strafantrag enthält dagegen den freien Willensentschluß des Regierungsstatthalters, eine Strafverfolgung eintreten zu lassen.

Es widerspricht den Tatsachen, wenn die Verteidigung behauptet, daß die Polizeikammer ihr Erkenntnis i. S. Ramseyer in Voraussicht einer angekündigten gesetzlichen Regelung der bestrittenen Antragsfrage gefaßt habe.

c) In casu hat der Regierungsstatthalter von Bern ausdrücklich einen Strafantrag gestellt. Vgl. pag. 15 der Akten: „Es wird gegen die hiervor genannten Angeschuldigten Strafantrag gestellt im Sinne von Art. 168 St. G."

Digitized by Google

Fürsprecher Zgraggen muß demnach mit seinem sub. Ziffer 3 namens der Frau Fischer gestellten Vorfragsbegehren abgewiesen werden."

16. Fälschung von Lebensmitteln. Beweis der Verfälschung. Welcher Beweiswert kommt dem Untersuchungsberichte des Kantonschemikers zu?

Polizeikammer, i. S. Fritz Mathys, vom 17. Juli 1907.

Entscheidungsgrund:

„I. Der korrektionelle Richter von Wangen gelangte in seinem Erkenntnisse vom 20. Februar 1907 zu einer Schuldigerklärung des Fritz Mathys wegen Milchfälschung, indem er in erster Linie annahm, daß durch den Untersuchungsbericht des Kantonschemikers vom 5. Januar 1907 an den Käser Graf bewiesen sei, daß eine dieser Amtsstelle übermittelte Flasche Milch wenigstens 20 % Wasserzusatz enthalten habe und daß durch eine Mehrheit von Anzeigungen die Identität dieser vom Kantonschemiker untersuchten Milch mit der am 4. Januar in der Käserei Walliswil-Wangen aus der vom Angeschuldigten gebrachten Milch entnommenen Probe erbracht sei.

II. Die Polizeikammer kann sich der vom Vorderrichter vertretenen Auffaßung nicht anschließen.

1. Es ist in erster Linie darauf hinzuweisen, daß das durch das kantonale Gesetz betr. den Verkehr mit Nahrungs- und Genußmitteln etc. vom 26. Februar 1868 vorgesehene Verfahren zur Konstatierung von Verfälschungen nicht befolgt worden ist. Der Untersuchungsbericht des Kantonschemikers erfolgte auf eine Anfrage des Käsers Graf in Walliswil-Wangen. Ein Beweis der Identität der untersuchten Milch und deren Verfälschung mit der vom Angeschuldigten am Morgen des 4. Januar 1907 in die Käserei gebrachten Milch im Sinne des angeführten Gesetzes ist somit nicht erbracht.

2. Es wäre nun aber auch jeder andere nach Maßgabe des bernischen Strafverfahrens statthafte Beweis geeignet, um die Schuld des Angeschuldigten nachzuweisen.

Es ist zu untersuchen, ob sich der Untersuchungsbericht des Kantonschemikers als Befinden eines Sachverständigen im Sinne des Art. 357 St. V., oder als eine öffentliche Urkunde im Sinne des Art. 360 St. V. qualifiziere.

Die Polizeikammer hat in konstanter Praxis angenom-

Digitized by Google

men, daß der nach Maßgabe des Gesetzes von 1888 erstattete Untersuchungsbericht des Kantonschemikers an die Direktion des Innern, nicht als gerichtliches Gutachten angesehen werden könne, weil der Kantonschemiker kein vom Richter ernannter Experte (im Sinne der Art. 100 ff. St. V.) sei und sich dessen Gutachten nicht an den Richter, sondern an eine Administrativbehörde richte und gemäß den Vorschriften des Lebensmittelpolizeigesetzes die Basis zur Erhebung einer Strafklage bilden solle. Einem solchen Untersuchungsberichte wurde deshalb der Beweiswert eines Sachverständigenbefindens abgesprochen, sobald er bestritten war (vgl. Urteile der Polizeikammer i. S. Bauer vom 18. April 1900, Zeitschrift des bern. J. V. XXXVI, 551, i. S. Mühlenen vom 11. Juni 1901, Zeitschrift XXXVII, 574). Diese Erwägungen treffen aber in erhöhtem Maße auf den vorliegenden Untersuchungsbericht zu, der nicht nach dem vom Lebensmittelpolizeigesetz vorgesehenen Verfahren erstattet wurde. Einem solchen Berichte kann unmöglich der Beweiswert eines Expertengutachtens zugemessen werden, ganz abgesehen davon, ob er bestritten ist oder nicht, indem hier die Garantien, welche der vom Kantonschemiker gemäß dem Verfahren des Lebensmittelpolizeigesetzes erstattete Bericht bietet, wegfallen.

Der Untersuchungsbericht vom 5. Januar 1907 an den Käser Graf kann aber auch nicht als öffentliche Urkunde angesehen werden. Es fehlt hier insbesondere das Moment der unmittelbaren Wahrnehmung. Von einer unmittelbaren Wahrnehmung kann nicht gesprochen werden, wenn eine Tatsache durch Schlußfolgerungen aus einer vorangegangenen wissenschaftlichen Untersuchung festgestellt wird. Dies ergiebt sich auch aus einer Gegenüberstellung des Art. 360 mit Art. 357 St. V.

Es kann somit, da auch die Voraussetzungen eines zusammengesetzten Beweises hiezu nicht vorliegen, ein Beweis der *Verfälschung* nicht als erbracht angenommen werden.

Der Angeschuldigte muß daher mangels gesetzlichen Beweises freigesprochen werden, eine Entschädigung aber gebührt ihm nicht."

17. Cassation à raison de ce qu'un tribunal n'a pas statué sur le principe des dommages-intérêts réclamés par la partie civile (art. 365 c. p. p.)

Chambre de police, arrêt du 20 juillet 1907 dans la cause Charles Paratte.

Digitized by Google

Extraits des considérants:

„Un autre motif de cassation est le suivant: Le tribunal de première instance a renvoyé la partie civile devant le juge civil „pour faire reconnaître si ses droits sont fondés ou non“: Il n'a donc pas statué sur le principe même des dommages-intérêts réclamés par la partie civile. Voici ce que disent les motifs du jugement à ce sujet: „Quant aux dommages-intérêts réclamés par la partie civile, il se peut fort bien qu'il lui en est dû, le tribunal estime qu'elle doit s'adresser au juge civil, soit pour en faire reconnaître si ses droits sont fondés, soit pour en faire déterminer le montant“: Il résulte donc bien, soit du dispositif, soit des motifs du jugement de première instance, que le tribunal n'a pas statué sur le principe des dommages-intérêts, comme il en avait l'obligation à teneur de l'art. 365 c. p. p. Il n'adjuge pas à la partie civile ses conclusions et ne l'en déboute pas non plus. C'est cependant là ce qu'il devait faire; il ne devait renvoyer la partie civile devant le juge civil que s'il ne pouvait déterminer lui-même, par exemple faute de données suffisantes, le montant des dommages-intérêts prétendus par elle. Le tribunal a complètement méconnu le sens, l'esprit, la lettre de l'art. 365 c. p. p.; il a commis une violation flagrante des droits de la partie civile. Comme il n'y a pas de jugement sur la question civile, la Chambre de police ne peut réparer l'erreur commise par le tribunal de première instance et pour ce motif déjà la cassation du jugement s'impose“ (Z. b. J. V. 41 103).

Aus der polizeirichterlichen Praxis.

Neues Forstgesetz.[1])

Nach dem neuen eidg. Forstgesetz vom 11. Oktober 1902 bedarf jede — auch die blos vorübergehende — Ausreutung eines Waldareals einer Bewilligung. Die unbefugte Ausreutung wird nach Art. 46 Ziffer 8 mit einer Geldbuße von Fr. 100—500 bestraft. Es konnte sich fragen, ob bei einem noch so kleinen Waldareal die Buße immer mindestens Fr. 100 betrage. Die Frage wurde im Falle Wyß in Schönbrunnen bei Vechigen in bejahendem Sinne entschieden (Urteil des Polizeirichters von Bern von

[1]) Mitgeteilt von Ger.-Präs. Buri, Fraubrunnen.

Digitized by Google

? 1906), und die Bundesversammlung wies ein eingereichtes Begnadigungsgesuch ab.

Wyß hatte ein Waldareal von blos 8 a. vorübergehend ausgereutet und landwirtschaftlich benützt. Der Wert des Waldbodens war nicht einmal die Buße wert, Wyß hatte aus Unkenntnis gehandelt und ein Schaden war niemand entstanden; die Bewilligung wäre, wenn sich Wyß darum beworben hätte, ohne weiteres und kostenlos erteilt worden.

Unter diesen Umständen war es unverständlich, wie der Gesetzgeber für solche Fälle ein Minimum von Fr. 100 festsetzen konnte. Die nähere Prüfung ergab, daß der Gesetzgeber offenbar nach dem Verhältnis der Gesetzesübertretung strafen wollte und deshalb ein Minimum und ein Maximum für die Flächeneinheit, die Hektare, festsetzte. Nach dieser Einheit ist die Buße zu berechnen, gleichviel, ob es sich um ein Stück von mehr als 1 ha. oder blos um einen Bruchteil handle. Diese Auffassung war in forstlichen Kreisen von Anfang an die vorherrschende. Danach würde das Minimum der Buße im Falle Wyß rund Fr. 25 betragen haben, ein Betrag, der durchaus den Verhältnissen angemessen gewesen wäre.

Der Polizeirichter von Fraubrunnen hat im Falle Bracher, Münchringen, diese Auffassung zu der seinigen gemacht und für unbefugte vorübergehende Ausreutung eines Waldareals von 2 a. eine Geldbuße von 6 Fr. ausgesprochen (Urteil vom 7. März 1908). Dieses Urteil ist in Kraft erwachsen.

Bernische Administrativjustiz-Entscheide aus dem Jahre 1907.

Referent: Notar *J. Fellmann*, Bern.

11. L'acte concernant le nantissement d'une créance garantie par une hypothèque n'est pas soumis à la transcription.

(Die faustpfändliche Einsetzung einer grundpfändlich versicherten Forderung ist im Grundbuch nicht anzumerken.)

Par mémoire du 26 septembre 1907, la Banque du Jura, à Delémont, a porté plainte contre le secrétaire de préfecture de Delémont dans l'affaire suivante:

Suivant acte portant ouverture de crédit du 4 février 1904, Ernest Sch., négociant à Delémont, a donné en nantissement à la Banque du Jura pour sûreté d'un emprunt qu'elle lui a accordé une créance hypothécaire de 6930 fr.

Digitized by Google

et remis le titre constitutif de cette créance audit établissement financier.

La créancière gagiste a demandé au secrétaire de préfecture de Delémont de bien vouloir annoter le nantissement en question en marge du registre foncier. Ce fonctionnaire se refuse toutefois à procéder à cette opération, en alléguant qu'il résulte de plusieurs décisions de la Direction de la Justice que le nantissement ne pouvait être soumis à la formalité de l'inscription dans les registres publics.

C'est contre ce refus du conservateur des hypothèques qu'est portée la présente plainte:

Le soussigné prend en considération ce qui suit:

Ainsi qu'il appert clairement de l'arrêté très bien motivé qu'a rendu la Direction de la Justice le 26 décembre 1898 en la cause Gigon contre le secrétaire de préfecture de Moutier, l'annotation dans les registres fonciers d'un gage consistant en une créance hypothécaire ne répond aucunement au but du registre foncier dans sa forme actuelle (cfr. ledit arrêté qui est publié dans la „Zeitschrift des bernishen Juristenvereins", Vol. XXXV, page 147).

Les faits à la base de cet arrêté nous amènent aussi au cas particulier à conclure que le fonctionnaire pris à partie n'avait pas seulement le droit, mais qu'il était aussi de son devoir de refuser catégoriquement de procéder à l'annotation dans les registres fonciers de la créance hypothécaire en question.

A défaut d'une disposition légale qui ordonne au conservateur des hypothèques de mentionner en marge du registre foncier le nantissement d'une créance hypothécaire, il faut reconnaître qu'un procédé pareil est inadmissible. Une semblable annotation dans le registre foncier ne saurait d'ailleurs se comprendre qu'autant qu'il existerait des dispositions réglant la procédure à suivre par le conservateur des hypothèques pour la radiation d'une inscription hypothécaire en marge de laquelle figure la mention d'un nantissement. Or, de pareilles dispositions n'existent pas.

Quant à la crainte manifestée par la plaignante, à savoir que le débiteur pourrait, à l'insu du créancier gagiste, faire radier par un simple acte de main-levée l'hypothèque garantissant la créance remise en nantissement, cette apprétention, qui, en théorie, n'est pas tout-à-fait dénuée de fondement, nous paraît ne pas répondre à la pratique générale des affaires. Une pareille manière d'agir de la part du dé-

Digitized by Google

biteur serait d'ailleurs non seulement déloyale, mais aussi punissable et il y a dès lors lieu de croire que des faits de ce genre ne se produisent que très exceptionnellement.

L'institution du registre foncier, n'est-elle aussi pas organisée actuellement de manière à parer efficacement à de semblables manœuvres et artifices

Au vu des considérations ci-dessus, la plainte de la Banque du Jura à Delémont est écartée comme non fondée.

(Direction de la juscice à la Préfecture de Delémont, du 10 décembre 1907.)

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

Rechtliche Natur des Familienfideikommisses nach luzernischem Recht. [1])

Auch im modernen Recht tritt die *Familie* noch als soziale Einrichtung mit einigen wenigen rechtlichen Folgen hervor, aber sie ist keine Einheit mehr, sie ist nicht mehr die Trägerin eines Familienvermögens, höchstens noch in einigen altertümlichen Einrichtungen, wie *Familienfideikommissen* und *Familienstiftungen* sind noch Erinnerungen an die ehemalige Gestaltung der Familie als Sonderpersönlichkeit übrig geblieben.

Aus dem Familiengut hat sich mit der immer größern Individualsierung der Familie das *Einzelvermögen* entwickelt. Ein ungeheurer Fortschritt aber war der Satz, daß ein jeder Mitberechtigte zu jeder Zeit Teilung verlangen könne. Die Anwendung dieses Satzes wird jetzt nur mehr in ganz vereinzelten Fällen ausgeschlossen.

Die *doktrinelle* Begriffsdifferenz zwischen *Familienfideikommiß* und *Familienstiftung* ist denn auch ziemlich subtil, besonders für diejenigen, welche in der Lehre vom Familienfideikommiß mit einem Familiengesamt- oder -Obereigentum operieren. Sie pflegt ausschließlich auf den bloßen Gegensatz der *Denkform* verstellt zu werden: indem man nämlich das formale „Eigentum" bei der Familienstiftung einer (hier rein fingirten) „juristischen Person" zuschreibt,

[1]) Anm. der Red.: Ueber diese Materie ist eine umfassende Dissertation von Dr. Sautier verfasst worden, aber noch nicht im Druck erschienen.

Digitized by Google

während das Fideikommiß ohne solche Fiktion als ein eigenartig beschränktes Eigentum des zeitigen Inhabers, also schlicht sachenrechtlich aufgefaßt wird.

In *Luzern* finden wir schon im 15. Jahrhundert ein Beispiel fideikommissarischer Nacherbeinsetzung *(v. Segesser,* Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, Bd. 2, S. 545, Anm. 3), im 16. und 17. Jahrhundert fanden mehrere derartige Stiftungen unter obrigkeitlicher Autorisation statt (Altishofen, Casteln), ohne daß übrigens die städtische Gesetzgebung darüber Bestimmungen in sich aufnahm. Erst am 10. Christmonat 1721 erschien die *„Ordnung wegen Fideikommissen und Stipendien"*, welche sodann dem Stadtrecht als Anhang beigegeben wurde.

Es erlaubt diese Ordnung jedermann, zur Erhaltung und besserer Aufnahme seiner Familie, Stammes und Namens ein Fideikommiß auf *liegendem* oder *Stipendium* auf *fahrendem Gut* zu gunsten eines oder mehrerer Nachkommen in gerader oder Seitenlinie und dessen ewiger Descendenz Mannesstammes zu errichten, doch soll das Kapital auf einen Kopf *20,000 Gld.* in keinem Fall übersteigen dürfen. Die Ordnung beruft sich auf das Stadtrecht, welches jedermann erlaube, den 20. Teil seines Gutes vergeben oder testamentarisch darüber verfügen zu können. Solche Fideikommisse und Stipendien genossen das Privilegium, daß ihr Kapital unangreifbar, weder von dem Fiduciar durfte verkauft oder verpfändet, noch von dem Fiscus für Bußen, noch von den Gläubigern für Schulden des Fiduciars in Anspruch genommen werden, wogegen dasselbe aber gemeinen Steuern und Grundlasten, wie anderes Gut, unterworfen blieb (v. Segesser, a. a. O. 4. Bd. S. 232 u. folg.).

Die Stiftungsurkunde galt nun im luzernischen Recht durchaus nicht als *unabänderlich,* sie konnte vielmehr durch Verfügung der obersten Landesbehörde abgeändert werden. So stiftete beispielsweise im Jahr 1722 Ignatius am Rhyn ein „Stipendium" zu gunsten seiner Brüder: Schultheiß Karl Anton am Rhyn und Oberst Jost am Rhyn und deren männlicher Nachkommenschaft. Als „Stipendium" oder Fideikommiß setzte der Errichter seine Liegenschaften zu „Buholz" in der Landvogtei Ruswyl samt allen Zubehörden, sowie seine gesamte Fahrnishabe ein. Im Jahre 1764 erhielten dann die damaligen Fideikommissäre Walter und Josef am Rhyn durch *Schultheiß, Rät und Hundert der Stadt Luzern* die Bewilligung zur freien Verfügung übre

Digitized by Google

die „Buholz"-Güter. Das Fideikommiß wurde dann im Jahr 1788 auf zwei verschiedene Liegenschaften in Luzern, „Tribschen" und „Lützelmatt", verlegt und der ältern Linie (Walter) die Nutzung von „Tribschen", der jüngern Linie (Josef Irene) aber diejenige von „Lützelmatt" zugeschieden, entsprechend dem frühern Besitzstande an diesen Liegenschaften.

Im Jahr 1807 (6. Februar) wurde das Fideikommißgut *Lützelmatt* durch den *Kleinen Rat* der darauf haftenden Unveräusserlichkeit entledigt und der steigerungsweise Verkauf desselben gebilligt.

In der Folge scheint die Bewilligung einer *„geringen" Veränderung an Fideikommißgütern* in die Kompetenz des *Regierungsrates* gefallen zu sein. Zur Begründung dieses sog. Gewohnheitsrechtes berief sich wenigstens der Regierungsrat stets auf eine im Jahr 1810 der Familie Schwytzer erteilte Bewilligung. (Erkenntnis des Regierungsrates vom 19. Februar 1872.)

Den *17./20. Mai 1839* hoben sodann *Kleiner und Großer Rat* des Kantons Luzern die bisherigen, abweichend von den allgemeinen Gesetzen im Hause *Pfyffer von Altishofen* unter dem Titel Majorat bestandenen Erbsverhältnisse auf, gestützt auf eine Bittschrift des Nutznießers Heinrich Pfyffer und auf zustimmende Erklärungen der Beistände seiner Söhne.

Gegen die beantragte Aufhebung des Majorats hatte der Vater des Nutznießers, Jakob Hermann Pfyffer, Einsprache erhoben, ebenso Zölestin Pfyffer, der Bruder des Nutznießers. Nach der Publikation des Großratsentscheides gelangten 9 Glieder des Hauses Pfyffer von Altishofen mit einem Schreiben an den Großen Rat, worin sie konstatierten, daß ihnen nie Anlaß gegeben wurde, über die projektierte Aufhebung des Majorats sich aussprechen zu können, und womit sie für sich und ihre Nachkommen alle ihre Rechte auf die Herrschaft Altishofen verwahrten.

Den 7. März 1856 erteilte *Präsident und Großer Rat* des Kantons Luzern dem Verkaufe des Fideikommißgutes *Altstadt*, „soweit demselben nicht andere rechtliche Hindernisse im Wege stehen," gegen Sicherung eines unveräußerlichen Fideikommißkapitales von 50,000 Fr, in währschaften Luzerner Kapitalbriefen die obrigkeitliche Genehmigung. Die nächsten Präsumtivfideikommißberechtigten waren mit dieser Veräußerung einverstanden und der Große Rat erklärte sich mit diesem Verkaufe hauptsächlich deshalb ein-

Digitized by Google

verstanden, weil das fragliche Fideikommiß, bevor es auf das Gut „Altstadt" verlegt wurde, mehr nicht als Fr. 16,263 alte Währung betrug und weil das Gut „Altstadt" bisher mehr nicht als Fr. 1430 neue Währung Zins abwarf.

Seit 1831 wird man also den Rechtsgrundsatz anerkennen, daß eine wirkliche *Veräußerung* von Fideikommissen durch den *Großen Rat* zu genehmigen ist, während die Bewilligung einer *geringen Veränderung* in die Kompetenz des Regierungsrates fällt. Mit der ganz gleichen Motivierung, daß die Bewilligung einer *geringen Veränderung* an Fideikommißgütern in der Kompetenz des Regierungsrates liege, wurde schon den 17. Dezember 1869 in Sachen des Göldinischen Fideikommisses und seither in einer ganzen Reihe von Fällen (Segesser von Brunegg und Meyer von Schauensee) die Errichtung von Gülten auf Fideikommißliegenschaften gestattet.

Was begreift nun aber eine solch *„geringe"*, in *die Kompetenz des Regierungsrates* fallende Veränderung eines Fideikommißgutes in sich?

In weitaus den meisten Fällen, wo die Bewilligung des Regierungsrates in dieser Weise nachgesucht wurde, handelte es sich wirklich um die Veräußerung ganz geringfügiger, zum Teil wertloser Parzellen, für die sofort ein genügender Ersatz geleistet wurde. (Frz. K. Schwytzer, bezüglich des Fideikommißgutes *„Hertschwand"* in Emmen, Entscheide des Regierungsrates vom 20. Dezember 1869 und 19. September 1894, Nikl. Pfyffer-Feer-Göldlin, bezüglich des Feer'schen Fideikommisses in *Buttisholz.)*

Schwieriger für den Regierungsrat, namentlich bezüglich der Kompetenzfrage, waren einzig die das sehr wertvolle am Rhynsche Fideikommiß in Tribschen — vom Philosophen *Nietzsche* eine *Insel der Seligen* genannt (Frau E. Förster, Nietzsches Leben II. 1. Abt. S. 26) — betreffenden Veräußerungen. Hier handelte es sich im Jahr 1894 um den Verkauf einer Parzelle Landes, zirka eine Hektare haltend, ungefähr den 24. Teil des zum Gute Tribschen gehörenden offenen Landes. Es wurde dabei festgestellt, daß gemäß der *Lage und Beschaffenheit* dieses Landstückes die Wertverminderung, die das Gut durch die Ausscheidung desselben erleiden werde, bedeutender sei, als das Verhältnis der Größe desselben zu derjenigen des übrigen zum Gute gehörenden Landkomplexes an und für sich bedingen würde. Entgegen dem Gutachten des Ortsbürgerrates wurde am

Digitized by Google

11. Juli 1894 vom Regierungsrat dem Hrn. Oberst Walter am Rhyn die Bewilligung zur Veräußerung dieser Parzelle Tribschenlandes erteilt. Der Petent wies nämlich in seiner Eingabe an den Regierungsrat darauf hin, daß auch Erwägungen *allgemeiner Natur* die Berücksichtigung seines Begehrens rechtfertigen dürften. Das Gut Tribschen sei teilweise bereits in den Stadtbaubezirk einbezogen und würden die öffentlichen Interessen geradezu darunter leiden, wenn dieser Grund und Boden für alle Zeiten dem Verkehr entzogen und eine Ueberbauung verunmöglicht würde. Letzteres wäre aber der Fall, wenn das *ganze* Gut unter allen Umständen Fideikommiß bleiben müßte. Dieser Auffassung, führt der Regierungsrat in seiner Erkenntnis aus, könne man eine gewisse Berechtigung nicht absprechen und hätten ähnliche Erwägungen in verschiedenen deutschen Gesetzgebungen insofern Berücksichtigung gefunden, daß Veränderungen im Fideikommißobjekte zugelassen werden, um die Einrichtung mit den wechselnden Anforderungen der Zeitverhältnisse in notdürftigen Einklang zu bringen.

Mit dieser Bewilligung des Regierungsrats vom 11. Juli 1894 wurden dann diese zwei Parzellen Land im Maß von zirka 1 Hektar unterm 9. August 1894 dem Fideikommiß Tribschen (Inhaber und Nutznießer Herr Oberst W. am Rhyn) ab- und dem Herrn Reg.-Rat Dr. Ed. v. Schumacher zu Eigentum zugefertigt. Der Kaufpreis betrug *40,000 Fr.* Als Ersatz für die durch diesen Verkauf entstehende Wertminderung des Fideikommisses mußte die Summe von *12,000 Fr.* von Hrn. Oberst Walter am Rhyn in die Depositalkasse des Ortbürgerrates eingelegt werden. Im weitern ist bereits im Jahr 1872 dem Oberst Walter am Rhyn vom Regierungsrat gestattet worden, das von ihm auf dem Fideikommißgut „Tribschen" erbaute Haus mit dazu gehörendem zirka $1^7/_{10}$ **Jucharten** haltenden Garten (zirka $^1/_{40}$ des ganzen Fideikommisses) vom Fideikommißgute zu trennen und als persönliches Vermögen an sich zu ziehen. Dagegen sei derselbe gehalten, als Ersatz hiefür beim Armen- und Waisenrate der Stadt Luzern für die Summe von 2500 Fr. währschafte Wertschriften zu deponieren mit der Verpflichtung, daß daraus s. Z. für das Fideikommißgut günstig gelegenes Land angekauft werde. Das betreffende Wohnhaus Nr. 688 litt. *i* mit dem umliegenden Terrain, lt. Plan des Katasterbureau der Stadt Luzern im Maße von 5400 m² (60,000 □′), wie er es mit einer hier nicht im Verkauf begriffenen Par-

Digitized by Google

zelle vom Fideikommißgut Tribschen mit oben angeführter Bewilligung vom Regierungsrat unterm 19. Februar 1872 erworben, verkaufte Herr Oberst W. am Rhyn um die Summe von 60,000 Fr. unterm 10. Mai 1899 an Frau Minnie geborne Hauk, Ehegattin des Hrn. Konsul E. von Hesse-Wartegg von New-York, Ver. Staaten von Nordamerika.

(Schluß folgt.)

Aus der Rechtsprechung des soloth. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

8. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf einen Unfall, den er im haftpflichtigen Gewerbe des Beklagten am 17. Januar 1904 erlitten haben will. Er behauptet, damals beschäftigt gewesen zu sein, einen schweren Sack Mehl „in die richtige Lage" zu bringen. Durch Ueberanstrengung sei im rechten Arm ein Muskelriß des Biceps entstanden. Die Klage berechnet die Invaliditätsentschädigung auf das Maximum.

Der im Juli 1906 erhobenen Klage wird die Verjährungseinrede entgegengehalten. Es behauptet nämlich der Beklagte, er habe vom Unfall erst am 12. Juni 1906 durch ein Schreiben des kantonalen Fabrikinspektors Kenntnis erhalten. Diese Behauptung ist im Prozeß bewiesen worden. Nach dem Bundesgesetz betreffend Haftpflicht aus Fabrikbetrieb verjähren die Schadenersatzansprüche innerhalb eines Jahres nach erfolgtem Unfall. Die Novelle vom 26. April 1887 fixiert im Art. 8 Schlußalinea eine Ausnahme, indem bei verspäteten Unfallsanzeigen die Verjährungsfrist hinausgeschoben wird. Sie läuft in einem solchen Falle erst drei Monate nach Eingang der Anzeige ab.

Es fragt sich, ob diese Vorschrift hierorts Anwendung finden kann. Entscheidend ist, ob der Fabrikinhaber den Unfall kennen, oder bei richtiger Diligenz seinerseits oder seiner Organe hat kennen müssen. Denn vernunftgemäß kann eine Pflicht zur Anzeige nur statuiert werden, wenn der Unfall bekannt war oder bekannt sein mußte. Die Auslegung, als bewirke der bloße Umstand, daß eine Anzeige nicht erfolgte den Stillstand der Verjährung, ist irrtümlich. Aus den allgemeinen Grundsätzen des O R folgt sie nicht; sie ergibt sich aber auch nicht aus der Bestimmung des cit. Spezialgesetzes. 12. März 1907.

Druckfehler: Auf Seite 154 hievor soll es in Zeile 23 und 24 heissen: Bd. 40, S. 252, 254, Bd. 42, S. 169, statt Bd. 41, S. 252, 254, Bd. 41, S. 169.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **5. Heft** **Mai 1908**

Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze und Verordnungen durch den Richter nach bernischem Recht.

Gutachten im Auftrage der Justizdirektion des Kanton Bern
verfasst von Prof. Dr. *W. Burckhardt.*

Die Justizdirektion des Kantons Bern stellte folgende zwei Fragen zur Begutachtung:

I. „Statuiert die bernische Staatsverfassung in ihrem gegenwärtigen Bestande, und, wenn nein, der Art. 2 des bernischen Strafgesetzbuches ein richterliches Ueberprüfungsrecht hinsichtlich der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, Dekreten und Verordnungen?

II. Uebt die am 3. November 1907 erfolgte Verwerfung der Revisionsvorlage betr. Art. 3 der Verfassung auf den Stand dieser Frage irgendwelchen Einfluss aus, und wenn ja, in welcher Richtung?"

A. Die erste Frage.

Es ist zuerst zu untersuchen, ob die bernische Staatsverfassung dem Richter das Recht gibt, die Ver-

Digitized by Google

fassungsmässigkeit der Gesetze, Dekrete und Verordnungen zu prüfen; sodann ob ihm Art. 2 des Strafgesetzbuches dieses Recht gibt.

I. Auf Grund der Staatsverfassung.

Auch hier ist noch zu unterscheiden zwischen Gesetzen, Dekreten und Verordnungen; Gesetze können nur auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft werden, Dekrete und Verordnungen aber auch auf ihre Uebereinstimmung mit den Gesetzen.

Bei allen Dreien ist endlich zu unterscheiden zwischen der formellen und der materiellen Verfassungs- oder Gesetzesmässigkeit.

1. Die Verfassungsmässigkeit der Gesetze.

Gesetze können verfassungswidrig sein, entweder weil sie nicht in den durch die Verfassung vorgeschriebenen Formen erlassen worden sind, oder weil ihr Inhalt mit den Vorschriften der Verfassung in Widerspruch steht. Im ersten Fall fragt es sich, ob ein gültiges Gesetz überhaupt zustande gekommen sei; nur dafür kommt die Verfassungsmässigkeit oder -widrigkeit noch in Betracht; denn wenn das Gesetz trotz der Unregelmässigkeiten seiner Entstehung zu Recht besteht, hat der Richter keine Veranlassung mehr, diese Unregelmässigkeiten festzustellen.

Im zweiten Fall nimmt der Richter an, dass der Gesetzesbefehl zwar in richtiger verbindlicher Form ergangen ist, aber er untersucht, ob nicht das Befohlene dem Willen der Verfassung widerspricht. Eine Frage der formellen Verfassungsmässigkeit ist es daher, ob das Gesetz ungültig ist, weil es nicht zweimal beraten worden ist, weil der gesetzgebende Körper nicht beschlussfähig war, weil er nicht gültig gewählt war, weil die erste und zweite Beratung in verschiedenen Legislaturen stattgefunden hat, etc. etc.

Digitized by Google

Eine Frage der materiellen Verfassungsmässigkeit ist es aber, ob eine Bestimmung des Gesetzes gegen einen Grundsatz der Verfassung verstösst.

Eine Frage der materiellen Verfassungsmässigkeit ist es auch, ob sich der Gesetzgeber an den ihm von der Verfassung erteilten Auftrag gehalten habe, oder ob er über die ihm von der Verfassung gezogenen Schranken hinausgegangen sei.

Die Frage, ob ein Gesetz sich in den Schranken des Verfassungsrechts, ob eine Verordnung sich in den Grenzen des Gesetzes hält, ist daher nicht blos formeller Art, wie die Polizeikammer des bernischen Appellations- und Kassationshofes in ihren Urteilen vom 30. Januar 1897 in Sachen Dubler und Gutmann (Monatsblatt für bernische Rechtsprechung B. 14 S. 60), vom 21. November 1903 i. S. Herzig und Hänni (Zeitschrift des bernischen Jur. Vereins, B. 40, S. 563) und vom 30. März 1905 i. S. Maurer annimmt, sondern materieller Art, denn es wird gefragt, ob der Inhalt des Gesetzes oder der Verordnung mit einer Vorschrift höherer Ordnung in Widerspruch stehe. Ob diese Vorschrift lediglich einen Auftrag zur Regelung des Gegenstandes erteile, oder ob sie selber einen Rechtssatz aufstelle, ist gleichgültig.

Bei Verordnungen erhält die Frage nach der Ueberschreitung des gesetzlichen Auftrages eine besondere Bedeutung, weil es zweifelhaft ist, ob die Vollziehungsbehörde überhaupt ohne besondern Auftrag Verordnungen erlassen darf. Sie soll deshalb dort noch im Zusammenhang mit dieser Frage berührt werden.

Bei Gesetzen bedarf es eines solchen besondern Auftrages nicht; wenn aber ein Auftrag erteilt worden ist, tritt um so klarer hervor, dass die Frage, ob er eingehalten worden ist, zur materiellen Ueberprüfung des Gesetzes führt, denn wenn der Gesetzgeber seinen Auftrag überschreitet, so ordnet er entweder etwas an,

Digitized by Google

das die Verfassung in anderer Weise geregelt, oder etwas, das die Verfassung ungeregelt haben wollte; in beiden Fällen stellt er aber einen Gesetzesinhalt auf, der der Verfassung widerspricht.

Wenn man die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Ueberprüfung durchführen will, darf man als formelle Ueberprüfung nur diejenige erklären, die vom Inhalte des Gesetzes vollständig absieht und nur darauf geht, ob das in Frage stehende Gesetz in den für Gesetze überhaupt geltenden Formen zustande gekommen ist.

Die Ueberschreitung des Auftrages ist nicht etwa deshalb ein formeller Fehler, weil der Gesetzgeber zu der Regelung, wie er sie getroffen hat, nicht „kompetent" gewesen sei, denn die Kompetenz in diesem Sinne fällt genau zusammen mit der materiellen Verfassungsmässigkeit; auch wo der Gesetzgeber keinen besondern Auftrag erhalten hat, ist er nicht „kompetent", Rechtssätze der Verfassung abzuändern.

A. Die formelle Verfassungsmässigkeit.

Es scheint eine notwendige Folge des Grundsatzes, dass der Richter dem Gesetz und nur dem Gesetze unterworfen ist, zu sein, dass er befugt sei, zu prüfen, ob dasjenige, was ihm mit dem Anspruch, Gesetz zu sein, entgegentritt, wirklich Gesetz ist.

Aus diesem oder aus einem ähnlichen Grunde vindizieren die meisten deutschen Schriftsteller dem Richter das Recht der Prüfung der formellen Verfassungsmässigkeit.

Aus diesem allgemeinen Grunde lässt sich aber der Satz nicht rechtfertigen.

Es ist richtig, dass ein Gesetz unverbindlich ist, wenn es an einem wesentlichen Formfehler leidet, an einem Formfehler eben, der die Ungültigkeit des Gesetzes zur Folge hat. Es fragt sich aber, ob nicht eine

Digitized by Google

andere Behörde berufen ist, die formelle Gültigkeit oder Ungültigkeit der Gesetze zu prüfen in einer für den Richter verbindlichen Weise.

Laband (Staatsrecht des deutschen Reiches 2, S. 37 ff.) hat diese Frage bejaht, indem er in dem Akte der Ausfertigung des Gesetzes durch den Kaiser das „Urteil" erblickt, dass das Gesetz verfassungsmässig zustande gekommen sei.

Dass die Ausfertigung des Gesetzes im deutschen Reich und in den Ländern, wo sie unter dem Namen „Promulgation" besteht, das verfassungsmässige Zustandekommen des Gesetzes beurkunde, scheint mir kaum zweifelhaft zu sein.

Nur ist die Frage damit nicht gelöst, ob diese Beurkundung verbindlich ist für alle Behörden und gerade für die gerichtlichen, die von der Regierung, der die Ausfertigung zusteht, unabhängig sind. Die Beurkundung wäre gewiss verbindlich, wenn sie ein wirkliches rechtskräftiges Urteil wäre. Das ist aber, wie *Kahn* in den Annalen des deutschen Reichs 1907, B. 40, S. 598 ff. bemerkt, nicht richtig. Die in der Ausfertigung des Gesetzes liegende Feststellung seiner formellen Verfassungsmässigkeit ist für den Richter in Wirklichkeit nicht deshalb verbindlich, weil sie ein Urteil wäre, sondern weil die Folgen des richterlichen Prüfungsrechtes derartige wären, dass mit Sicherheit angenommen werden darf, die Verfassung habe sie nicht gewollt.

Der Staat hat das dringendste Interesse daran, dass die formelle Gültigkeit eines Gesetzes von vornherein durch *einen* Akt und eine Behörde in einer für alle andern verbindlichen Weise festgestellt werde.

Welche Rechtsunsicherheit würde es bereiten, wenn die Gültigkeit eines Gesetzes in jedem Zeitpunkt noch in Frage gestellt werden könnte, wenn der Richter die Einwände jeder Zivilpartei, jedes Angeklagten gegen

Digitized by Google

die Verbindlichkeit des Gesetzes prüfen müsste und welche Rechtsanarchie entstünde, wenn der eine Richter die Gültigkeit bejahte der andere sie verneinte! Man kann sich die Unhaltbarkeit eines solchen Zustandes nur ganz vorstellen, wenn man sich zugleich vergegenwärtigt wie unsicher die Grundsätze sind, die über die formelle Gültigkeit eines Gesetzes entscheiden. Während des langen gesetzgeberischen Verfahrens können manche Unregelmässigkeiten vorkommen; welche machen nun das beschlossene Gesetz ungültig? Sollen es nur die Verstösse gegen Vorschriften der Verfassung sein oder auch gegen Vorschriften der Geschäftsreglemente der gesetzgebenden Behörde, der interna corporis? sollen es auch Unregelmässigkeiten bei der Wahl der Abgeordneten sein und bei der Volksabstimmung wo sie existiert? Es ist zwar nicht richtig, dass ein Gesetz entweder für alle Behörden verbindlich sein muss oder für gar keine; es lässt sich sehr wohl denken, dass ein Beschluss des Staatsoberhauptes, wie die Ausfertigung des Gesetzes für die ihm untergeordneten Behörden der Verfassungshierarchie verbindlich wäre, nicht aber für die von der Verwaltung unabhängigen Richter. Richtig ist aber, dass, wenn der Richter die Gültigkeit des Gesetzes prüfen kann, der Bürger sie auch muss prüfen können. Sonst käme man zu dem Widerspruche, dass die Privatpersonen sich beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes an das Gesetz halten müssten, dass aber im Streitfall der Richter befugt wäre, das Gesetz, auf Grund dessen das Geschäft abgeschlossen worden ist, ungültig zu erklären, also den Streit nach einem andern Recht zu entscheiden, als demjenigen, das für die Parteien gegolten hat. Die offizielle Beurkundung der Gültigkeit durch die Promulgation muss also auch für den gemeinen Bürger unverbindlich sein, wenn sie für den Richter nicht verbindlich ist.

Ein Rechtssatz, der die Rechtssicherheit derart

Digitized by Google

gefährdet, darf nicht ohne besondere Gründe angenommen werden.

Die Unabhängigkeit der Gerichte bildet aber keinen genügenden Grund dafür; denn die Unabhängigkeit der Gerichte wird nicht dadurch gefährdet, dass sich der Gesetzgeber über die formellen Vorschriften des Gesetzgebungsverfahrens hinwegsetzt, sondern dadurch, dass nichtrichterliche Behörden die Gerichte in der Anwendung der Gesetze beeinflussen. In diesem Sinne namentlich, als Gegensatz zur Kabinetsjustiz, hat man von jeher das Postulat der Unabhängigkeit der Gerichte verstanden. (Vergl. die Art. 10 und 51 der bernischen Verfassung.)

Im schweizerischen, auch im bernischen Staatsrechte, bestehen aber besondere Gründe, den Gerichten die fragliche Kompetenz nicht zuzuerkennen.

Der erste ist, dass es nicht die Regierung ist, welche die Gesetze ausfertigt, sondern die gesetzgebende Behörde selbst. Während es in den monarchischen Staaten der Monarch ist, der dem Beschluss der gesetzgebenden Behörden formell Gesetzeskraft verleiht, sei es zugleich mit der Sanktion, sei es ohne sie, wie der Kaiser des deutschen Reichs, konstatiert in der Schweiz in der Regel der Präsident mit dem Protokollführer der gesetzgebenden Behörde selbst, dass das Gesetz mit Vorbehalt der Zustimmung des Volkes perfekt und mit Vorbehalt der Veröffentlichung rechtsverbindlich ist.[1]) Die Verbindlichkeit der Feststellung eines Organs der gesetz-

[1]) Im Kanton Bern hat stets der Präsident des Großen Rates mit dem Staatsschreiber die Gesetze unterzeichnet; die Unterzeichnung durch das Präsidium des Großen Rates ist zuerst angeordnet worden durch Art. IX des Reglements über die innere Organisation des Großen Rates, vom 5.—7. Juni 1816 und 7. Febr. 1824. Revid. Sammlg. der erneuerten Fundamentalgesetze der Stadt u. Rep. Bern, 1830, S. 209. Die Unterzeichnung durch den Staatsschreiber ist m. W. nur Gewohnheitsrecht.

Digitized by Google

gebenden Behörde für die Gerichte hat aber nichts stossendes und steht mit dem Grundsatz der Trennung der Gewalten nicht in Widerspruch.

Der zweite Grund ist, dass das Resultat und damit auch die formelle Gültigkeit der Volksabstimmung nach dem bernischen Dekret vom 23. September 1892 durch den Regierungsrat festgestellt wird und dass es später gar nicht mehr möglich wäre, zu entscheiden, ob diese Feststellung richtig war oder nicht, weil die Abstimmungszettel vernichtet werden. Das Dekret geht ganz offenbar von der Ansicht aus, im Verfahren vor dem Regierungsrat solle die Frage endgültig und für jedermann verbindlich entschieden werden, ob das Volk das Gesetz angenommen oder verworfen habe.

Endlich mag erwähnt werden, dass es kaum verständlich wäre, wenn der Richter einem Gesetze die Gültigkeit absprechen wollte, weil es vom Grossen Rate nicht in verfassungsmässigem Verfahren beschlossen worden sei, während es das Volk längst in gültiger Abstimmung angenommen hat. Auch diese Erwägung spricht dafür, dass die einmal konstatierte Gültigkeit des grossrätlichen Beschlusses nicht nachträglich wieder in Zweifel gezogen werden könne.

Ich kann mich in diesem Punkte der Ansicht des Bundesgerichts in seinem Urteile vom 12. Februar 1876 in Sachen Hirsbrunner (2 105) nicht anschliessen, wonach die bernischen Gerichte, wie überhaupt die schweizerischen, die formelle Frage zu prüfen hätten, ob ein auf verfassungsmässigem Wege erlassenes Gesetz wirklich vorhanden sei. Im damaligen Rechtsfalle war diese Frage auch gar nicht zu entscheiden.

Die Gerichte können dagegen prüfen, ob die der Ausfertigung folgende, zur Verbindlichkeit des endgültig beschlossenen Gesetzes erforderliche Formalität, die ordnungsmässige Publikation, stattgefunden hat. Diese

Digitized by Google

Tatsache wird durch keine spätere Beurkundung festgestellt.

Ich komme also zum Schlusse, dass die Gerichte nach bernischem Staatsrechte die formelle Verfassungsmässigkeit der Gesetze, mit Ausnahme ihrer Publikation, nicht zu prüfen befugt sind.

B. Die materielle Verfassungsmässigkeit.

Zunächst ist die Frage zu prüfen, ob die Gerichte die Uebereinstimmung der Gesetze mit der *kantonalen* Verfassung, dann ob sie die Uebereinstimmung mit der Bundesverfassung zu prüfen haben.

a) Uebereinstimmung mit der bernischen Staatsverfassung.

Die Frage, ob Gesetzesvorschriften, die mit Vorschriften der Verfassung in Widerspruch stehen, gültig und für den Richter verbindlich seien, setzt voraus, dass die Verfassung eine höhere formelle Autorität besitze als das Gesetz, d. h., dass sie in einem andern Verfahren zustandekomme als das Gesetz. Wenn der Weg der Gesetzgebung der gleiche ist, wie der Weg der Verfassungsrevision, ändert das Gesetz die Verfassung ab, wenn es inhaltlich mit ihr nicht übereinstimmt. Die verfassungsändernde Bestimmung ist dann von den zuständigen Organen und im richtigen Wege aufgenommen worden, nur hätte man sie nicht Gesetz, sondern Verfassungsrevision heissen sollen. Der Unterschied zwischen Gesetz und Verfassung ist dann überhaupt nur noch ein terminologischer, also rechtlich irrelevanter.

Im bernischen Staatsrecht besteht nun allerdings noch ein wirklicher Unterschied zwischen Gesetz und Verfassung.

Die Totalrevision der Verfassung kann nur vom Grossen Rat und von 15,000 — statt 12,000 — stimm-

Digitized by Google

berechtigten Bürgern verlangt werden; sie ist vorerst durch das Volk zu beschliessen und kann von diesem einem Verfassungsrate, statt dem Grossen Rate übertragen werden.

Die teilweise Revision kann ebenfalls nur von 15,000 Bürgern — statt 12.000 — verlangt werden; sie wird zwar vom Grossen Rate vorgenommen, aber wenn die Vorlage einzig von ihm ausgeht, muss der Revisionsentwurf in 1. und 2. Lesung durch Zweidrittels-Mehrheit angenommen worden sein und bei Partial- wie Totalrevision darf die 2. Beratung nicht vor Ablauf von 3 Monaten nach Schluss der ersten stattfinden.

Die eidgenössische Gewährleistung kommt nicht in Betracht, da sie zur Gültigkeit der Revision nicht erforderlich ist, sondern lediglich zur Kontrolle dient, dass die kantonale Verfassung nichts bundesrechtswidriges enthält. (*Burckhardt*, Kommentar der B. V. S. 118 ff.).

Das Verfahren zur partiellen Verfassungsrevision unterscheidet sich also vom Gesetzgebungsverfahren; ein der Verfassung widersprechendes Gesetz kann daher nicht ohne weiteres als eine Verfassungsrevision angesehen werden. Immerhin ist der Unterschied im Verfahren so gering, dass auf die höhere Autorität der Verfassung gegenüber dem (ihr teilweise derogierenden) Gesetze nicht allzu grosses Gewicht gelegt werden darf.

Das bernische Verfassungsrecht beantwortet die Frage, ob die Gerichte die materielle Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu prüfen haben, nicht ausdrücklich.

Art. 111 der Verfassung sagt, dass keine Gesetze, Dekrete, Verordnungen und Beschlüsse, welche mit der Verfassung im Widerspruch stehen, erlassen werden dürfen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Bestimmung in der Fassung, die sie in der Staatsverfassung von 1846 hatte, den Gerichten das Recht geben wollte, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze, die sie anzuwenden

Digitized by Google

haben, zu prüfen; mit dem Bundesgericht (2, S. 104) scheint es mir richtiger, anzunehmen, der Art. 96 der 1846er Verfassung habe nur den Charakter einer Uebergangsbestimmung gehabt und habe nur die zurzeit der Erlassung der Verfassung bestehenden Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse, welche mit ihr in Widerspruch standen, ausser Kraft erklären wollen.

Jedenfalls kann man dem Artikel, nachdem das Wort „angewendet" gestrichen worden ist, nicht mehr das Prüfungsrecht der Gerichte entnehmen. Der Regierungsrat hatte die Streichung dieses Wortes damit begründet, dass nicht jeder Richter über die Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes zu urteilen habe. (Tagblatt des Grossen Rates 1893. S. 96.)

Art. 112 bildet gewissermassen das positive Gegenstück zum Verbot Art. 111.

Die Verfassung soll vollzogen und durchgeführt werden. Auch diese Vorschrift hat aber nur die Uebergangszeit im Auge, wie sich aus der Fortsetzung ergibt, die der gleich lautende Art. 97 der früheren Verfassung hatte:

„Den Staatsbehörden ist *namentlich* zur Pflicht gemacht, die folgenden Gesetze unverzüglich zu revidieren und zu erlassen."

Art. 112 scheint sich übrigens nur an die gesetzgebende und an die verwaltende Behörde zu richten.

Die in Art. 113 der Verfassung aufgestellte Formel des Amtseides führt nicht zu einem andern Ergebnis.

Allerdings haben die Richter, wie die andern Staatsbeamten, zu schwören, die Verfassung und verfassungsmässigen Gesetze streng zu befolgen; die Gerichte verletzen aber offenbar die Verfassung durch die Beobachtung verfassungswidriger Gesetze nicht, wenn ihnen die Verfassung selbst über die Verfassungsmässigkeit kein Urteil gestattet und das ist eben die Frage (wie

Digitized by Google

es der Justizdirektor im Grossen Rate richtig bemerkt hat; Tagblatt 1907, S. 447).

Es ist auch ganz unwahrscheinlich, dass man mit dieser allgemeinen Eidesformel, die sowohl die Mitglieder der gesetzgebenden Behörde, wie den Richter selbst, zur Befolgung der Verfassung verpflichtet, den Richter habe anweisen wollen, wie er sich zu verhalten habe gegenüber verfassungs*widrigen* Gesetzen. Der Sinn der Formel ist nur der, dass der Beamte sowohl die Verfassung als die in Ausführung der Verfassung erlassenen Gesetze erfüllen soll.

Es ist daher zu prüfen, ob sich aus den andern Grundsätzen des bernischen Staatsrechts eine Lösung ergibt.

Die sich widersprechenden Meinungen für und wider das richterliche Prüfungsrecht lassen sich, wie mir scheint, auf zwei entgegengesetzte juristische Erwägungen zurückführen.

Die Meinung, dass der Richter das Prüfungsrecht habe, stützt sich auf die höhere Autorität der Verfassung: wenn der Gesetzgeber etwas befiehlt und die Verfassung etwas anderes, so soll der Verfassung Folge geleistet werden, denn die Verfassung geht dem Gesetze vor.

Die Meinung, dass der Richter die Verfassungsmässigkeit der Gesetze nicht zu prüfen habe, beruht auf der Erwägung, dass der Richter, wie auch die Verwaltungsbehörde, der gesetzgebenden Gewalt untergeordnet ist und dass es ihm nicht zusteht, zu prüfen, ob der Gesetzgeber von seiner Befugnis einen richtigen Gebrauch gemacht habe.

Beide Erwägungen sind an sich zutreffend; sie stehen aber, richtig formuliert, miteinander nicht in Widerspruch.

Der Richter ist, nach der Stellung, die ihm die Verfassung anweist, der Exekutive nebengeordnet, er

Digitized by Google

ist aber, wie die Exekutive, der Legislative untergeordnet. Spricht das Gesetz allein zum Richter, so hat er nicht zu prüfen, ob der Gesetzgeber sich an die Vorschriften gehalten hat, die ihm die Verfassung erteilt; er hat den Befehl des Gesetzgebers zu befolgen. Spricht aber die Verfassung selbst unmittelbar zum Richter, so hat er dieser höhern Autorität zu folgen, auch wenn ihm das Gesetz etwas anderes befehlen sollte.

Der Richter hat nicht darüber zu wachen, dass der Gesetzgeber der Verfassung nachkomme; wenn aber die Verfassung einen Befehl an ihn, den Richter richtet, hat er ihn, trotz dem Gesetze zu befolgen.

Das ist die richtige Formulierung der beiden Gedanken und zugleich die Abgrenzung des Prüfungsrechtes des Richters.

Die Verfassung spricht zum Gesetzgeber, wenn sie Anweisungen darüber gibt, nach welchen Grundsätzen legiferiert werden soll; solche Anweisungen enthalten z. B. die Art. 15 über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten und des Staates, Art. 16 über die Entfernung von Beamten aus dem Amte, Art. 18 über die Wahlkreiseinteilung, und die meisten Vorschriften des V. Titels, welche sog. Freiheitsrechte gewährleisten.

Diese Gewährleistungen sind im kantonalen Rechte nichts anderes als verbindliche Anweisungen an die gesetzgebende und verwaltende Behörde; als sog. subjektive Rechte sind sie nicht ausgestaltet, da der Einzelne wegen ihrer Verletzung durch den Grossen Rat oder die Regierung kein Rechtsmittel an eine andere Behörde hat (sondern nur an das Bundesgericht, kraft Bundesrechts). Es wäre deshalb auch ganz unmöglich, zu sagen, welche dieser Bestimmungen subjektive Rechte begründen und welche nicht, da es praktisch durchaus auf das gleiche herauskommt, ob man sie als subjektive (Individual-)Rechte bezeichne oder nicht, und eine juristi-

Digitized by Google

sche Kontroverse ohne praktische Folgen unlösbar ist. (Vergl. *Burckhardt*, Kommentar S. 37 ff.)

Wenn die Verfassung z. B. in Art. 15 Grundsätze über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aufstellt und dem Gesetz die weitere Ausführung überlässt, so sollen die Grundsätze nicht zur unmittelbaren Grundlage von Zivilansprüchen gegen den Staat dienen, sondern blos dem Gesetzgeber die leitenden Sätze seiner Gesetzgebung geben.

Indem Art. 77 die Freiheit der Presse, Art. 79 die Vereins- und Versammlungsfreiheit garantiert, wendet er sich an den Gesetzgeber und an die vollziehende Behörde, die allein imstande sind, durch allgemeine Vorschriften oder besondere Verfügungen diese Freiheiten einzuschränken.

Wenn die Verfassung dagegen in Art. 50, Abs. 2 bestimmt, dass alle Urteile motiviert sein sollen, oder in Art. 74, dass zur Erwirkung eines Geständnisses keine Zwangsmittel angewendet werden sollen, richtet sie sich unmittelbar an die Gerichte (im zweiten Fall auch an andere Behörden).

Wenn man die Gerichte zuständig erklärt, die Verfassungsmässigkeit gesetzlicher Erlasse zu prüfen, lässt man sich vom Gedanken leiten, dass sie die Hüter der Verfassung und speziell der verfassungsmässigen Rechte der Bürger seien gegen die Willkür des Gesetzgebers. Das sind aber die Gerichte nur, wo man wegen der Verfassungsverletzung oder wegen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte als solcher an sie gelangen kann.

Im Kanton Bern, wie in den andern Kantonen, giebt es dieses Rechtsmittel nicht. Die Gerichte kommen nur gelegentlich bei der Ausübung ihrer ordentlichen Zivil- und Strafkompetenzen in den Fall, sich die Frage der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes zu stellen.

Die Kompetenz der Gerichte, bei diesen zufälligen Anlässen, die Verfassungsmässigkeit der von ihnen an-

Digitized by Google

zuwendendenGesetze zu prüfen, würde bei weitem nicht dazu ausreichen, die Verfassung gegen Verletzung durch den Gesetzgeber zu schützen. Zahlreiche Verwaltungsgesetze werden ja ausschliesslich von Verwaltungsbehörden angewendet.

Eine so beschränkte richterliche Kontrolle der Gesetzgebung könnte also nicht auf dem Gedanken beruhen, dass in der rechtsprechenden Gewalt eine Kontrollinstanz über die gesetzgebende geschaffen sein soll, sondern nur auf dem Gedanken, dass die Gerichte, wenn sie vor einem Widerspruch zwischen Verfassung und Gesetz stehen, jene anwenden sollen und nicht dieses.

Diese Begründung reicht aber, wie schon gezeigt, nicht aus, wo die Verfassung nicht unmittelbar vom Gerichte anzuwendendes Recht aufstellt, sondern lediglich leitende Grundsätze der Gesetzgebung.

In diesem zweiten Fall folgt vielmehr aus der Unterordnung der Gerichte unter die gesetzgebende Gewalt, dass sie die Verfassungsmässigkeit der Gesetze nicht überprüfen können.

In diesem Sinne hat sich das deutsche Reichsgericht in einem Urteil vom 17. Februar 1883 (Entsch. in Ziv. S. B. 9, S. 235) ausgesprochen.

Die neuere deutsche Staatsrechtslehre ist geteilter Meinung, misst aber der Frage keine grosse Bedeutung mehr bei.

Die französische Doktorin ist einstimmig der Ansicht, dass der Richter die Gültigkeit der Gesetze nicht in Frage stellen kann, ohne dass zwischen der formellen und der materiellen Verfassungsmässigkeit unterschieden würde. (Vgl. *Laferrière*, Traité de la juridiction administrative; 1896, 2, pag. 5).

Es wäre wohl denkbar, dass die Verfassung die Gerichte ermächtigt hätte, die Verfassungsmässigkeit der durch Strafe sanktionierten gesetzlichen Normen zu prüfen und eine besondere Garantie gegen den be-

Digitized by Google

sonders empfindlichen Eingriff des Staates durch Bestrafung zu schaffen. Die Verfassung des Kantons Bern enthält aber keine derartige Spezialbestimmung; es wird noch zu untersuchen sein, ob sie Art. 2 des bernischen Strafgesetzbuches enthält.

Es ist richtig, dass in den V. St. von N. A. sowohl die obersten Gerichte der Staaten, als das der Union, die Verfassungsmässigkeit der Staaten- und der Unionsgesetze prüfen können, ohne dass ein staatsrechtlicher Rekurs wegen der Verfassungsverletzung als solcher gegeben wäre. (*Rüttimann*, das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, **1**, §§ 288—290; *Vogt*, Zeitschrift für schweiz. Recht 1890, **3**, S. 573 ff.). Aber diese Gerichtsbarkeit erklärt sich geschichtlich durch die eigentümliche Entwicklung der frühern englischen Kolonien und praktisch durch die Willkür der ohne Mitwirkung des Volkes beschliessenden gesetzgebenden Behörden.

Das Misstrauen gegen die Verfassungstreue der Behörden war der Grund aus dem die Staatsrechtslehrer aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und noch spätere, wie R. *von Mohl* (Staatsrecht, Völkerrecht und Politik I. S. 66 ff.) u. a. den Richter kompetent erklärten, die formelle und materielle Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu prüfen. (Vgl. O. A. G. zu Lübeck, Erk. vom 3. April 1875 i. S. Garbade w. den bremischen Staat; Seuffert's Archiv, **32**, Nr. 101; *Wächter*, Archiv für zivil. Praxis, **24**, 1841, S. 238, Note 12; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung S. 397; *Kahn*, Annalen des deutschen Reichs 40, S. 481, 605.).

In der Schweiz besteht dieses Misstrauen gegen die gesetzgebenden Behörden nicht, und es wäre nicht begründet. Es mag sein, dass die gesetzgebenden Versammlungen die Verfassungsmässigkeit der Gesetze nicht so juristisch genau, wie es ein Gericht tun würde, prüfen,

Digitized by Google

aber es ist auch zu sagen, dass manche Verfassungsvorschriften verschiedener Auslegungen fähig sind.

Die Ueberprüfung der Gesetze durch die Gerichte steht nicht in Widerspruch mit dem Grundsatz, dass das „souveräne" Volk bei der Gesetzgebung mitwirkt. Das Volk ist juristisch ein Organ des gesetzgebenden Staates, gleich wie der Grosse Rat; *als Gesetzgeber* steht er über dem Gericht, nicht als „Träger der Souveränität." Die Vorstellung, dass dem Volke die souveräne Gewalt zustehe, dass in ihm die Quelle des Rechts sei, gehört dem Naturrecht an und steht mit dem Grundsatz, dass der Verfassung die höchste Autorität im Staate zukommt, in Widerspruch.

Was aber gegen das Prüfungsrecht des Richters spricht, ist die Aehnlichkeit des gesetzgebenden und verfassungsgebenden Verfahrens.

In einem Landsgemeinde-Kanton, wo die Landsgemeinde sowohl die Verfassung als die Gesetze macht, hätte die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze keinen Sinn, aus dem auf Seite 233 angeführten Grunde.

Durch die demokratische Ausgestaltung des Gesetzgebungsrechtes und namentlich durch das obligatorische Gesetzesreferendum ist aber der Weg der Gesetzgebung in den meisten Kantonen dem Wege der Verfassungsrevision sehr ähnlich geworden, und je geringer die Unterschiede sind, desto weniger Sinn hat es, für die Verfassungsmässigkeit der Gesetze Garantien ausserhalb dieses Verfahrens zu suchen, desto unwahrscheinlicher ist es, dass die Verfassung zum Schutz gegen den Gesetzgeber die richterliche Gewalt habe aufbieten wollen.

Für das richterliche Prüfungsrecht könnte man anführen, das Bundesgericht habe dieses Recht, und wenn man es dem kantonalen Richter versage, zwinge man

Digitized by Google

ihn, ein Urteil zu fällen, dass durch einen blossen staatsrechtlichen Rekurs aufgehoben werden könne.

Die verschiedene Stellung, die das Bundesgericht und das kantonale Gericht gegenüber kantonalen Gesetzen einnehmen, erklärt sich aus ihrer verschiedenen Stellung zum kantonalen Gesetzgeber. Das kantonale ist ihm grundsätzlich untergeordnet, das Bundesgericht aber von ihm unabhängig. Das Bundesgericht ist kraft Bundesrechts berufen, die verfassungsmässigen Rechte der Bürger zu wahren, (Art. 5, 113 der B. V.) und es kann gegen ihre Verletzung als solche angerufen werden.

Trotz der Obhut des Bundesgerichts, oder gerade wegen ihr, hat daher die ausnahmslose Geltung der kantonalen Gesetze für alle Behörden des Kantons ihren guten Grund, denn die Unverbindlichkeitserklärung eines Gesetzes durch den Richter hat etwas gewalttätiges; es kann aus geringem Anlass die Grundlagen des ganzen Staatsgebäudes vernichten, ohne sie durch neue zu ersetzen; z. B. wenn ein Wahlgesetz oder ein Gerichtsverfassungsgesetz verfassungswidrig erklärt wird. Und die Vorteile des Ueberprüfungsrechts sind dem Bürger durch den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht gewahrt.

Umso unbegreiflicher wäre es, dass das was im Bunde gilt, die Verbindlichkeit der Gesetze für das Gericht, nicht auch in den Kantonen gelten dürfte.

Das Bundesgericht selbst hat es in seinem Urteil vom 12. Februar 1876 in Sachen Hirsbrunner & Cie. (2, S. 105) als einen Grundsatz des schweizerischen Bundes- und Kantonalstaatsrechts bezeichnet, dass die Autorität der gesetzgebenden Körper als die höchste gelte und die Gerichte nicht ermächtigt seien, die Gültigkeit eines von der gesetzgebenden Behörde erlassenen Gesetzes oder Dekretes aus dem Grunde zu verneinen, weil ihr Inhalt im Widerspruch mit der Verfassung

Digitized by Google

stehe. Diese Ansicht bestätigt *Rüttimann*, Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht **1**, § 290; **2**, § 544.

Ich komme also zum Schluss, dass die bernischen Gerichte vermöge ihrer Unterordnung unter die gesetzgebende Gewalt, die Uebereinstimmung der kantonalen Gesetze mit der Kantonsverfassung nicht zu prüfen haben, es wäre denn, dass das Gesetz mit einem unmittelbar an die Gerichte selbst gerichteten Befehl in Widerspruch stünde.

b. Uebereinstimmung mit der Bundesverfassung.

Wenn der bernische Gesetzgeber die Kantonsverfassung unrichtig ausführt, so ist der Richter an diese Ausführung gebunden, weil, wie wir angenommen haben, der Richter kraft der bernischen Verfassung selbst der gesetzgebenden Gewalt untergeordnet ist.

Wenn sich aber der bernische Gesetzgeber mit der Bundesverfassung in Widerspruch setzt, kann die Stellung, die der Gesetzgeber nach kantonalem Verfassungsrecht einnimmt, nicht mehr massgebend sein, sondern das Verhältnis von kantonalem und eidgenössischem Recht überhaupt.

Eidgenössisches Recht bricht aber kantonales Recht.

Wenn ein Kanton eine bundesrechtswidrige Vorschrift aufstellt, so ist sie von vornherein nichtig und unverbindlich. Das ist bei bundesrechtswidrigen Verfassungsbestimmungen anerkannt worden (vgl. *Ulmer*, **1**, Nr. 22; *Blumer-Morel*, **1**, 3. A., S. 233–234); es gilt aber umsomehr bei kantonalen Gesetzen. Das Bundesgericht hat den Grundsatz oft anerkannt. (Vgl. z. B. die Entscheidungen B. **30**, I, 49 und **32**, I, 657).

Auch wenn es richtig wäre, dass sich gewisse Bestimmungen der Bundesverfassung nur an den Gesetzgeber wenden, würde dies doch nicht den Richter verhindern, zu prüfen, ob das kantonale Gesetz sie verletzt habe, wie wir es im kantonalen Recht angenommen

Digitized by Google

haben; denn die Verbindlichkeit der kantonalen Gesetze für die Richter beruht auf *kantonalem* Verfassungsrecht, die derogatorische Kraft des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen aber auf *eidgenössischem* Verfassungsrecht. Jene Annahme ist aber im Verhältnis zum kantonalen Gesetzgeber nicht richtig, weil die Bundesverfassung nicht den kantonalen Behörden Weisungen erteilt, sondern dem Kanton als solchem. (Vgl. z. B. Art. 53, Abs. 2; Art. 54, Abs. 21; Art. 60.).

Diese derogatorische Kraft geht nur solchen Bestimmungen ab, die nicht eine unmittelbar geltende Vorschrift aufstellen, sondern blos den eidgenössischen Gesetzgeber oder die Kantone verpflichten, gewisse Grundsätze zu verwirklichen.

Die bernischen Gerichte haben also das Recht — und die Pflicht — zu prüfen, ob die kantonalen Gesetze mit der Bundesverfassung übereinstimmen.

(Schluß folgt.)

Literaturanzeigen.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907. Mit Inhaltsverzeichnis und alphabetischem Sachregister. Bern 1907. Stämpfli & Cie.

Der Verlag Stämpfli & Cie hat schon vor Ablauf der Referendumsfrist eine bequeme und sorgfältig ausgestattete Textausgabe fertiggestellt. Der Druck, mit gotischen Lettern, ist hübsch und fehlerfrei. Das solid in Ganzleinwand gebundene Buch eignet sich gut zum täglichen Gebrauch. Besonderen Wert gibt ihm das sehr ausführliche alphabetische Sachregister; vielleicht hätte sich jedoch der rechtskundige Verleger bei der Auswahl der Stichwörter etwas weniger eng an den Wortlaut des Gesetzes halten dürfen.

Burckhardt.

V. Rossel, Le premier essai d'un codification du droit civil en Suisse. Bern, Büchler 1907. 29 S.

Diese Berner Rektoratsrede behandelt ein Thema, das in der gegenwärtigen Zeit großes Interesse erweckt. Die

Digitized by Google

hübsche Studie enthält eine Schilderung der Versuche der Helvetik zur Schaffung eines Zivilgesetzbuches und eine kurze Analysierung des Inhalts der Entwürfe von Anderwert u. Carrard.

V. Rossel, Code civil suisse, Edition annotée, Lausanne Payot & Cie, 391 S.

Das kleine Werk in Taschenformat hält die Mitte zwischen einem Commentar und einer Textausgabe. Eigentliche Erläuterungen zum Gesetzestext werden nicht gegeben, wohl aber reichhaltige Verweisungen auf die Entwürfe, die Bundesgesetze, das B. G. B. und den C. c. Vorausgesandt ist eine ziemlich einläßliche und sehr lichtvolle systematische Einführung in das neue Zivilrecht. Die wichtigsten eidgenössischen Gesetze über das internationale Recht, sowie ein Register bilden den Schluß des sehr empfehlenswerten Büchleins.

Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, herausgegeben von A. Egger, A. Escher, Alex. Reichel, H. Wächter und C. Wieland. **IV. Band. Das Sachenrecht,** herausgegeben von Prof. Dr. *Carl* **Wieland,** 1. Lieferung, 128 S. Zürich, Schulthess 1908. Fr. 3. 60.

Die Raschheit, mit welcher diese Unternehmung auf den Plan gerückt ist, verdient alle Anerkennung, umsomehr als damit auf den Vorteil verzichtet wird, die Bundesverordnungen und Einführungsgesetze zum Zivilgesetzbuch und die in nächster Zeit erscheinende Spezialliteratur zu verwerten. Die vorliegende erste Lieferung behandelt Art. 641 bis 680 des Zivilgesetzes und stellt sich als sehr gediegene Leistung dar, wie von Wieland nicht anders zu erwarten war. Mit grosser Gründlichkeit und Wissenschaftlichkeit wird auf zahlreiche Fragen und Controversen eingegangen und Quellen wie Literatur sind in reichlichem Maße herangezogen. Die Ausstattung, ähnlich wie Schneider & Ficks Kommentar, entspricht allen billigen Anforderungen. Das ganze Werk wird 4 Bände umfassen und in 10—20 Lieferungen à Fr. 3. 60 erscheinen.

N. Reichesberg, Soziale Gesetzgebung und Statistik. Bern, Scheitlin, Spring & Cie. 138 S.

Die Errichtung eines eidgen. sozialstatistischen Amtes ist gegenwärtig in Diskussion. Für diese Frage ist die Schrift von Reichesberg von grundlegender Bedeutung. Dem eidgenössischen V.-Amt werden keine Lorbeerkränze gewunden;

Digitized by Google

in der Tat scheint sich dasselbe trotz seiner reichen Ausstattung allzusehr auf Leistungen im Gebiet der Bevölkerungsstatistik zu beschränken. Von allgemeinem Interesse und allgemeiner Beachtung wert scheinen mir die Ausführungen Reichesbergs über die Aufgaben der sozialen Gesetzgebung (S. 3—21) zu sein.

Fr. Meile, Bartolus als Haupt der ersten Schule des Internationalen Strafrechts. Zürich, Orell Füssli 1908, 54 S.

Als Festschrift der Zürcher Fakultät für Laband liefert hier Meili, der unermüdliche, einen neuen Beitrag zum internationalen Recht, speziell zu dessen Geschichte.

Rechtsprechung.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

15. Authentische Auslegung nach Berner Verfassungsrecht; Verfassungsmässigkeit des Beschlusses des Grossen Rates vom 7. Oktober 1907 betreffend selbständige Quellenrechte.

Diese wurde bejaht: Der Große Rat sei mit seiner angefochtenen Gesetzesauslegung über den Rahmen des geltenden Rechts nicht hinausgegangen; er habe nicht einen neuen Rechtssatz ausgesprochen, sondern mit dem angefochtenen Beschlusse lediglich eine nach dem Gesetze zweifelhafte Rechtsfrage im Sinne und Geiste desselben gelöst.

Urteil vom 19. Januar i. S. Schärz ca. Bern.

16. Bezieht sich Art. 86 des Betreibungsgesetzes (Rückforderungsklage) auch auf bezahlte Steuerforderungen?

Die Frage wurde verneint, weil die Zulassung der Rückforderungsklage eine Nachprüfung der durch die zuständige kantonale Behörde festgestellten Schuldpflicht seitens der Gerichte zur Folge hätte, was nicht die Meinung des eidgenössischen Gesetzgebers habe sein können.

Urteil vom 30. Januar 1908 i. S. Nestlé and Anglo-Swiss Condensed Milk Company A. G. ca. Protestantische Kirchgemeinde des Kantons Zug.

Digitized by Google

17. Aktiengesellschaft: Verantwortlichkeit der Gründer nach Art. 671 O. R. Verjährungseinrede; Beginn des Laufs der Verjährung nach Art. 69 O. R.

„Die Einrede der Verjährung, gegenüber der Klage aus Art. 671 O. R., beruht auf dem grundsätzlichen Standpunkte, für die gedachte Klage komme die einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 O. R. zur Anwendung. Die Klägerin hält dem gegenüber auch vor Bundesgericht, wie schon vor der kantonalen Instanz, vor allem die Auffassung aufrecht, es gelte die zehnjährige Verjährung, weil die gedachte Klage sich nicht als Deliktsklage, sondern als Vertragsklage, eventuell als Klage ex lege qualifiziere. Das Bundesgericht hat nun, nachdem es längere Zeit vermieden hatte, sich über diese Streitfrage auszusprechen (vgl. B. G. E. 28 II, S. 100, E. 6, aber auch 21, S. 566 f. E. 13), in seinem grundlegenden Entscheide vom 6. April 1906 i. S. Glaser c. Rommel, A. S. 32 II, Nr. 38, S. 273 ff., spez. S. 275 ff., E. 3 f., den auch die Vorinstanz ihrem Urteil zu Grunde legt, dargelegt, dass die Klage aus Art. 671 O. R. als Deliktsklage anzusehen sei und dass demgemäß auf sie die einjährige Verjährung des Art. 69 O. R. Anwendung finde; es hat diese Auffassung im Urteil vom 3. Mai 1907 i. S. Weisser c. Erben Wüthrich, A. S. 33 II, Nr. 35, S. 251 ff., spez. S. 257, E. 4, ohne weiteres bestätigt. Es kann keine Rede davon sein, heute von dieser Auffassung abzugehen."

„Zu erörtern bleibt demnach noch die Frage, in welchem Zeitpunkte die Klägerin die Klage anstrengen konnte, d. h, gemäß Art. 69, Abs. 1 eod., in welchem Zeitpunkte sie „Kenntnis von der Schädigung und der Person des Täters" erlangt hatte. Streitig ist hier der Zeitpunkt der Kenntnis der „Schädigung" und die Auslegung dieses letzern Begriffes. Die Vorinstanz nimmt an, es genüge einerseits nicht, die Kenntnis der schädigenden Handlung, anderseits sei aber auch nicht, wie die Klägerin will, erforderlich, daß der ganze Schaden ziffermäßig feststehe; es genüge, daß sie in die Lage gesetzt gewesen sei, die Klage, die sie wirklich eingeleitet hat, zu erheben; dieser Zeitpunkt sei daher zu ermitteln. Durchaus zutreffend ist nun vorerst, daß die Kenntnis der schädigenden Handlung nicht genügt; (vgl. B. G E. 32 II, S. 177, E. 2. Schwieriger ist die andere Frage, ob und wieweit der Schaden ziffermässig feststehen müsse, damit actio nata sei. Hiebei stehen sowohl Normen

Digitized by Google

des Bundesrechts, als solche des kantonalen — Prozeß — Rechts in Frage: es kann fraglich sein, welche Ansprüche das Bundesrecht in Art. 50 ff. O. R. gewährt, aber auch, welche Art des Rechtsweges das kantonale Prozeßrecht eröffnet, wie ein Begehren prozessualisch gefaßt sein muß und kann. Bei der Ermittlung, in welchem Zeitpunkt in diesem Sinne actio nata vorgelegen habe, ist demnach zurückzugehen auf die Fassung des Klagbegehrens im Zeitpunkte der für die Verjährung maßgebenden Prozeßhandlung, d. h. gemäß O. R. Art. 154, Ziff. 2, Schlußsatz, der Ladung zum Sühneversuch, der Einleitung der Klage beim Friedensrichter. Jenes Klagbegehren ging nun auf Verurteilung zur Bezahlung eines Höchstbetrages von 50,000 Fr., unter Abzug der im Konkurs der Gesellschaft zu erwartenden, noch unbestimmten Dividende. Irgend eine bundesrechtliche Vorschrift steht einem derartigen Begehren nicht entgegen. Weder ist es durch Art. 63, Ziff. 1 O. R. ausgeschlossen, der gerade vorsieht, daß nicht in genauen Ziffern ausgedrückte Schadenersatzansprüche erhoben werden können, noch verlangen Art. 50 ff. O. R. unter allen Umständen eine bestimmt bezifferte Forderung, noch endlich steht Art. 675, Abs. 2 O. R. einem derartigen Begehren entgegen, denn er kennt als Klagrechtsvoraussetzung nur die Konkurseröffnung, nicht die Beendigung des Konkurses. Ist demnach die Zulässigkeit des gestellten Begehrens vom Standpunkte des Bundesrechts aus nicht zu beanstanden, so entzieht sich die andere Frage: ob es prozessualisch zulässig sei, der Nachprüfung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz; indem daher die Vorinstanz das Vorgehen der Klägerin als prozessualisch zulässig erklärt hat, muß es hiebei sein Bewenden haben. Es kommt demnach bei Entscheidung der Frage, in welchem Zeitpunkte die Klägerin Kenntnis von der Schädigung hatte, darauf an, in welchem Zeitpunkt die nachher wirklich erhobene Klage spätestens erhoben werden konnte etc. . . ."

Urteil vom 21. Februar 1908 i. S. Leihkasse Richterswil c. Gyr-Guyer und Mithafte.

18. Verantwortlichkeit des Arztes.

„Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Falles steht von vornherein fest, daß die Diagnose des Beklagten falsch war, indem sie auf Distorsion und Kontusion statt auf Luxation lautete. Die Tatsache der unrichtigen Diagnose für sich

Digitized by Google

allein genügt indessen noch nicht zur Verantwortlicherklärung des Beklagten als Arzt. Denn eine unrichtige Diagnose kann auch bei sorgfältiger, pflichtgemäßer Untersuchung erfolgen, zumal wenn die Diagnose der Natur der betreffenden Erkrankung nach schwer zu stellen ist. Bei dem freien Dienstverhältnis, in dem der Arzt zum Patienten steht (Art. 348 O. R.), hat der Patient einerseits mit der Möglichkeit einer unrichtigen Diagnose, die die Folge der Unvollkommenheit des menschlichen Wissens und der menschlichen Erfahrung im allgemeinen wie der ärztlichen Kunst im besondern ist, zu rechnen; anderseits aber hat der Arzt die Pflicht, die Untersuchung sorgfältig, nach den Regeln der Kunst und dem jeweiligen Stande der Wissenschaft, vorzunehmen, und die Behandlung auf Grund der auf sorgfältiger Untersuchung basierenden Diagnose einzuleiten und durchzuführen."

Die Verantwortlichkeit wurde im Streitfalle bejaht, weil nach dem Experten bei der Diagnose nicht alle Momente berücksichtigt worden seien; dann sei aber ganz besonders „das Beharren des Beklagten auf seiner unrichtigen Diagnose und der Umstand, daß er nicht auf Verrenkung untersuchte, obschon der Kläger ihn immer und immer wieder darauf aufmerksam machte, als sehr schwere Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit zu bezeichnen. Auch hätte ihn schon der Umstand, daß seine Behandlung zu keinem Erfolg führte und der Kläger stets über dieselben Schmerzen klagte, zu einer neuen, sorgfältigen Untersuchung und zur Nachprüfung seiner Diagnose führen sollen. Die einzige Entschuldigung, die der Beklagte vorgebracht hat: daß die Schulter stark geschwollen gewesen sei, hat sich nach den tätsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als unrichtig erwiesen."

Urteil vom 29. Februar 1908 i. S. K. ca. W.

19. Konventionalstrafe für eine Verpflichtung, nicht zu beleidigen.

Anläßlich der vergleichsweisen Erledigung gegenseitiger Injurienklagen hatte sich K. bei einer Konventionalstrafe von Fr. 2000 verpflichtet, sich jeden Angriffes auf die Ehre von D. und seiner Familie von nun an zu enthalten. K. hielt das Versprechen nicht und wurde von D. auf die Konventionalstrafe belangt. Die Klage wurde in allen Instanzen geschützt. Der Einwand, daß die Konventionalstrafe ledig-

Digitized by Google

lich ein Zwangsmittel zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht sei, wurde vom Bundesgericht damit beseitigt, daß die Konventionalstrafe in erster Linie zur Deckung eines wahrscheinlicher- oder möglicherweise aus der Nichterfüllung einer Verpflichtung entstehenden Schadens bestimmt und daß es zulässig sei, zu einer gesetzlich gebotenen Handlung auch noch vertraglich sich zu verpflichten und die Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung durch das Versprechen einer Konventionalstrafe sicherzustellen, bezw. die Höhe des bei Nichterfüllung jener vertraglichen Verpflichtung zu bezahlenden Schadenersatzes im Voraus festzusetzen. „Dadurch „wird der Wille des Einzelnen nicht etwa in einer Richtung, „in welcher er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen frei sein „soll, gebunden, sondern es wird lediglich ein schon von „der Rechtsordnung auf denselben ausgeübter, also gesetz„licher und daher jedenfalls nicht unsittlicher Druck ver„stärkt.“ Immerhin wurde die Befugnis des Richters, die Konventionalstrafe zu ermässigen, vorbehalten.

Urteil vom 7. März 1908 i. S. K. ca D.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

21. Unerlässlicher Inhalt eines jeden Erbvertrages nach bern. Recht ist die gegenseitige Aufhebung des Noterbrechts.

Die Aufhebung braucht keine ausdrückliche zu sein insofern, als schon die Tatsache des Abschlusses eines Ehetages oder einer Eheverkommnis an sich das gegenseitige Noterbrecht aufhebt. Daraus folgt aber nicht, dass ein „Ehetag“ betitelter Vertrag, bei dessen Abschluss der Wille der Kontrahenten unzulässigerweise auf Erhaltung des Noterbrechts gerichtet war, deshalb gültig sei, weil das Gesetz — diesen Willen gleichsam korrigierend — mit dem Abschluss eines solchen Vertrages die Noterbfolge von selbst aufhebe.

Marti ca. Schaller.

23. Mai 1907 (II. Abt.).

Digitized by Google

22. Bildet die Nichtbezahlung von Hypothekarzinsen durch den Verkäufer, entgegen der im Kaufvertrage übernommenen Verpflichtung, für den Käufer einen Grund zum Rücktritt vom Vertrag gemäss Art. 122 O. R.? — Art. 242 O. R.

Tatbestand:

Die Verkäufer eines Grundstückes haben sich im Kaufvertrage verpflichtet, die Zinse für die überbundenen Hypotheken bis zum Tage des Nutzen- und Schadenanfangs zu bezahlen. Dieser Verpflichtung sind sie nicht nachgekommen. Der Käufer setzte ihnen, als er selbst für die fraglichen Zinse betrieben wurde, eine Frist zur Erfüllung, unter Androhung der Vertragsauflösung. Nachdem die Verkäufer auch diese Frist unbenutzt haben verstreichen lassen, klagt der Käufer heute auf Auflösung des Vertrages und Rückerstattung der Anzahlung und der Aufwendungen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach den eigenen Anbringen des Klägers stellt sich die vorliegende Frage so, daß zu prüfen ist, zu was die Nichtbezahlung der Hypothekarzinse, deren Bezahlung die Verkäufer nach dem vom Kläger beigebrachten Kaufvertrage übernommen hatten, den letztern berechtigte, insbesondere ob dem Kläger hiedurch das Recht erwachsen sei, nach Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung, vom Vertrage gemäß Art. 122 O. R. zurückzutreten.

Bei der Prüfung dieser Frage ist grundlegend, daß der Kläger selbst behauptet, die Kaufsache sei ihm übertragen worden und nur die Bezahlung der Hypothekarzinse pro 1. November 1902 sei nicht erfolgt.

Nun unterliegt es keinem Zweifel, daß die betreffenden Hypothekarzinsen pfandrechtlich versichert waren und daß das Kaufobjekt dafür haftete. Indem daher die Käufer die in Rede stehenden Zinse nicht bezahlten, bewirkten sie, daß das Kaufobjekt für eine Forderung *dinglich* verhaftet blieb, welche nach dem Vertrage durch sie zu tilgen gewesen wäre und für welche sie aufzukommen gehabt hätten.

Verhält es sich aber so, so ist klar, daß der hier als ergänzendes kantonales Recht anzuwendende Art. 242 O. R., speziell Al. 1, seine Anwendung zu finden hat, welcher ausdrücklich bestimmt, daß, wenn die verkaufte Sache mit einer dinglichen Last beschwert ist, für welche der Verkäufer ein-

Digitized by Google

zustehen hat, der Käufer nicht die Aufhebung des Vertrages, sondern nur Schadenersatz verlangen könne. Daß nämlich unter die Begriffsbestimmung „dingliche Last" auch das Pfandrecht zu subsumieren ist, kann nicht in Frage gestellt werden und wird denn auch von Schneider und Fick, Kommentar zu Art. 242 O. R. Anm. 1 angenommen. Die Anwendbarkeit von Art. 242, Al. 1 O. R. wird aber auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß gesagt werden könnte, in casu treffe Al. 2 des Art. 212 l. c. zu. Denn abgesehen davon, daß sich diese Vorschrift, wenigstens ausdrücklich, nur auf die Entwehrung bezieht, sind die Umstände, wie sie sich vorliegend bieten, nicht derart, daß mit Bestimmtheit angenommen werden könnte, der Käufer hätte, wenn er die Nichtbezahlung der Hypothekarzinse seitens der Beklagten vorausgesehen hätte, den Kaufvertrag nicht abgeschlossen.

Hat aber demnach die Bestimmung des Art. 242, Al. 1 O. R. Platz zu greifen, so hat nach bekanntem Rechtsgrundsatze (vgl. auch Archiv für die civ. Praxis, Bd. 101, S. 178) diese Spezialvorschrift den allgemeinen Bestimmungen des Art. 122 O. R. vorzugehen, deren Anwendbarkeit übrigens, beiläufig bemerkt, auch dadurch in Frage gestellt würde, daß es sich fragen müßte, ob dem Begehren des Klägers um Aufhebung des Kaufvertrages nicht die exceptio doli entgegenstehen würde, da auch nach Art. 122 O. R. das Begehren um Aufhebung eines Vertrages wegen Nichterfüllung accessorischer, nebensächlicher Vertragspunkte (wie vorliegend) mit den Grundsätzen der bona fides nicht zu vereinigen wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen Nitzschner ca. Cuillerier, Revue des tribunaux, Band 1904 pag. 490).

23. ***Haftpflichtversicherung:*** **Eigenes Verschulden des Versicherten? Im Unfallversicherungsvertrag übernimmt der Versicherer — vorbehältlich anderer Abmachung — nicht nur die Gefahr von Unfällen und Ereignissen höherer Gewalt, sondern gerade und vor allem auch die Folgen einer Fahrlässigkeit des Versicherten, sofern diese Fahrlässigkeit sich nicht als eine grobe qualifiziert.**

Art. 2 des Fabrikgesetzes: Widerhandlung gegen diese Gesetzesbestimmung?

Piquerez ca. La Préservatrice.
5. Juni 1907 (I. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Es bleibt zu untersuchen, ob ihr (sc. der Beklagten)

Digitized by Google

zweiter Einwand, der Kläger habe den Unfall durch *eigene grobe Fahrlässigkeit* selbst verschuldet, zu einer Abweisung der Klage führen muß.

Das Verschulden des Klägers erblickt die Beklagte in dem Umstand, daß Piquerez seine Arbeiter, speziell den Verunfallten Alphonse Hoffmann, nicht zum Tragen einer *Schutzbrille* anhielt; sie nennt die Fahrlässigkeit des Klägers eine grobe, namentlich mit Rücksicht auf den Umstand, daß viele Unfälle der in Frage stehenden Art, gerade in der Fabrik des Klägers, vorgekommen seien.

Die Beweisführung im vorliegenden Prozeß hat jedoch weder ergeben, daß der von Hoffmann verrichteten Arbeit eine besondere Gefährlichkeit beizumessen sei, noch auch ist dargetan worden, daß wirklich eine große Zahl von Unfällen bei dieser Arbeit, speziell in der Fabrik des Klägers, vorgekommen sei und vorzukommen pflege.

Dem Kläger gegenüber die zwangsweise Einführung von Schutzbrillen als Pflicht bezeichnen, hieße ihm zum Schutze seiner Arbeiter eine Maßregel zumuten, die in der Uhrenindustrie nirgends üblich ist, demnach offenbar von den staatlichen Aufsichtsorganen auch nicht gefordert wird und die überdies, nach dem Expertengutachten und mehrfachen Zeugenaussagen, zur Verhütung von Unfällen auch nicht unbedingt notwendig ist. Unterliegt nun auch keinem Zweifel, daß bei *größter* Vorsicht, äusserster Diligenz, dieses Schutzmittel nicht verschmäht werden dürfte, so muß andererseits nach dem Ausgeführten doch gesagt werden, daß jedenfalls ein *grobes* Verschulden, ein non intellegere quod omnes intellegunt, in der Nichtdurchführung der Schutzmaßregel nicht erblickt werden kann.

Die von der Beklagten releviérte und gegen den Kläger ausgebeutete Behauptung des letztern im Prozesse gegen Hoffmann, daß in der Nichtbenutzung der Schutzbrille eine grobe Fahrlässigkeit des Arbeiters liege, hat natürlich im vorliegenden Prozeß keineswegs etwa die Bedeutung eines Geständnisses, aus dem das Vorhandensein eines groben Verschuldens auf seiten des Klägers gefolgert werden könnte, deshalb nicht, weil die Behauptung nicht in der Absicht aufgestellt wurde, die Ueberzeugung des Klägers an den Tag zu legen (vgl. § 161 bern. C. P.), sondern vielmehr bloß zur Wahrung eines im Prozesse gegen Hoffmann eingenommenen und nur für diesen geltenden Standpunktes des Klägers.

Digitized by Google

Nach dem bis dahin Gesagten handelt es sich bei der von der Beklagten dem Kläger zum Vorwurf gemachten Unterlassung nicht um ein schweres Verschulden, sondern höchstens um eine leichte Fahrlässigkeit. Das Vorliegen einer solchen aber präjudiziert den Anspruch des Versicherten nicht; denn im Unfallversicherungsvertrag übernimmt der Versicherer — vorbehältlich anderer Abmachung — nicht nur die Gefahr von Zufällen und Ereignissen höherer Gewalt, sondern gerade und vor allem auch die Folgen einer Fahrlässigkeit des Versicherten, sofern diese Fahrlässigkeit sich nicht als eine grobe qualifiziert (vgl. Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. 1, p. 421; Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, p. 210/211). Da es nämlich in der menschlichen Natur begründet liegt, daß niemand den mannigfachen Anforderungen, die der Betrieb eines technischen Unternehmens mit sich bringt, überall mit vollkommener Diligenz entgegentreten kann, so würde eine Auslegung des Haftpflichtversicherungsvertrages dahin, daß auch die leichteste Fahrlässigkeit den Anspruch des Versicherten zu präjudizieren vermöchte, den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwiderlaufen; wird doch der Vertrag vom Versicherten regelmäßig nicht zum mindesten gerade mit Rücksicht auf seine Unvollkommenheit und auf die Unmöglichkeit, allen Schadensfällen zum voraus mit äusserster Diligenz vorzubeugen, abgeschlossen werden. Es darf daher wohl gesagt werden, daß bei der Haftpflichtversicherung, der Natur des Vertrages nach, der Versicherer die Folgen leichter Fahrlässigkeit des Versicherten tragen soll und tragen muß.

Die Beklagte steht denn offenbar auch selbst auf diesem Standpunkt, spricht sie doch in ihren Prozeßvorschriften stets von einem *groben* Verschulden des Versicherten, das ihre Haftbarkeit ausschließe.

In seinem mündlichen Vortrage hat der Vertreter der Beklagten noch versucht, unter Beiziehung von Art. 7 der Versicherungspolice in Verbindung mit Art. 2 des Fabrikgesetzes eine Entlastung der Beklagten von dem geltend gemachten Anspruch zu konstruieren, indem er behauptete, die Nichtanwendung von Schutzbrillen im Fragefalle bedeute eine Widerhandlung gegen Art. 2, speziell Al. 4, des Gesetzes, über die Arbeit in den Fabriken, und mit dieser Widerhandlung sei gemäß der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 7 der Police der Anspruch des Versicherten erloschen.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht beigepflichtet

Digitized by Google

werden, vor allem aus deshalb nicht, weil von einer Widerhandlung gegen Art. 2 des Fabrikgesetzes jedenfalls nur dann gesprochen werden kann, wenn Schutzmaßregeln vernachlässigt werden, die zur Verhütung von Unfällen *erfahrungsgemäß notwendig* sind, was im vorliegenden Falle nicht zutrifft, und nicht auch dann, wenn — wie in casu — bloß Schutzmittel in Frage stehen, die allerdings zur Erhöhung der Sicherheit beitragen würden, die aber auch entbehrt werden können, ohne daß der Arbeiter erheblich gefährdet erscheint. Und weiterhin kann von einer Widerhandlung (infraction) gegen Art. 2 des Fabrikgesetzes, die nach Art. 19 desselben Gesetzes *strafbar* wäre, doch nur dann die Rede sein, wenn *offenkundige* Mängel in der Anordnung und Durchführung von Sicherungsmaßnahmen vorliegen, oder wenn *ausdrücklichen* gesetzlichen oder reglementarischen *Vorschriften* oder den *Anordnungen der Aufsichtsbehörden zum Trotz,* Schutzmittel nicht zur Verwendung gelangen; nicht aber kann die Unterlassung einer vielleicht zweckmäßigen, vielleicht bloß wünschbaren Sicherung, auch dann, wenn — wie in casu — diese Sicherung bis dahin nicht angewendet und von den Behörden nicht vorgeschrieben wurde, eine Widerhandlung gegen das Fabrikgesetz, speziell gegen Art. 2 desselben, genannt werden, weil sonst bei der allgemeinen und unpräzisen Fassung der genannten Gesetzesbestimmung, überall da sogleich eine Strafe ausgesprochen werden müßte, wo die Behörde findet, es könnte noch ein Mehreres zur bestmöglichen Sicherung der Arbeiter geschehen, was der Sinn des Gesetzes nicht sein kann (vgl. Revue, Bd. 24, Nr. 28). Wenn, was gewiß ist, in diesen Fällen von einer Widerhandlung *im Sinne des Gesetzes* (Art. 19 leg. cit.) nicht gesprochen werden kann, so kann es sich auch nicht um eine Widerhandlung im Sinne der angeführten *Vertrags*bestimmung handeln. Denn Treu und Glauben gebieten eine Auslegung des Vertrags dahin, daß nur *das* als „Widerhandlung gegen gesetzliche Bestimmungen" angesehen werden soll, was auch das *Gesetz* als solche ansieht.

Steht nach dem Ausgeführten fest, daß sich die Beklagte der Haftung für die Folgen des dem Alphonse Hoffmann am 5. September 1903 zugestoßenen Unfalls dem Grundsatze nach nicht entschlagen kann, so bleibt nur noch zu untersuchen, in welchem Umfange diese Haftung besteht.

Digitized by Google

24. Eine Verwirkungsklausel im Versicherungsvertrag, die sich auf die Unterlassung der *Anzeige eintretenden Vermögensverfalls* (déconfiture) stützt, ist gültig, indem die Tatsache des Vermögensverfalls geeignet ist, auf den Willen des Versicherers, den Vertrag zu halten, einen Einfluss auszuüben, und daher eine Anzeigepflicht hinsichtlich dieser Tatsache besteht.

[Ob dagegen jede einzelne Pfändung vom Versicherten angezeigt werden müßte (trotzdem das vertraglich vorgesehen war), wurde nicht entschieden.]

Salomon Lévy ca. Urbaine.
7. Juni 1907 (II. Abt.).

25. *Art. 288 B. u. K.:* Voraussetzungen der Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung, speziell mit Bezug auf die Pfandbestellung.

Bürki & Cie ca. Zurbuchen.
14. Juni 1907 (II. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Frägt es sich, ob dagegen Art. 288 B. u. K. in casu Anwendung zu finden habe, so sind, nach der Vorschrift dieses Artikels, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Vornahme anfechtbar alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.

Dabei ist nach dem Stande der Praxis, was die Pfandbestellung im besondern betrifft, zweierlei zu bemerken: *Erstens* nämlich, daß die Benachteiligungsabsicht schon dann als vorhanden erachtet werden kann, sobald die Pfandbestellung nicht mehr ihre normale Verkehrsfunktion erfüllt, sondern in einem Zeitpunkte hingegeben wird, wo die Vermögenslage des Pfandbestellers bereits eine Befriedigung der andern Gläubiger als ausgeschlossen erscheinen ließ und der Pfandschuldner sich dessen bewußt war (vgl. Entsch. d. Bundesgerichts Bd. XXX, S. 612, 164 ff.); und *zweitens* sodann, daß die Praxis speziell in den Fällen, wie der vorliegende, eine Schädigung der Executionsrechte der Gläubiger nur dann annimmt: „wenn Verpfändung, dadurch erlangter Kredit und Begünstigung der Bürgen als eine einzige zusammenhängende, nicht trennbare Rechtshandlung anzusehen wäre“ (vgl. Entsch. d. Bundesger. Bd. XXIX^2, S. 392 und Bd. XXXI^2, S. 330), was, wie das Bundesgericht i. S. Kramer ca. Sa-

Digitized by Google

nitas A. G. u. Cons. vom 21. März 1907 angenommen hat, schon dann der Fall ist, wenn der Pfandgläubiger *wußte*, daß die Darlehenssumme zur Tilgung einer von ihm verbürgten Forderung verwendet werden würde.

26. *Satz. 397 u. 398 C. G. B.:* Verfügungen einer Mehrheit von *Miteigentümern*, auch solche in betreff der Substanz oder einer wesentlichen Veränderung der Benutzungsart, sind für die Minderheit verbindlich, wenn diese nicht aus der Gemeinschaft treten kann.

Eine Ausnahme von diesem Satz ist jedoch zu machen hinsichtlich der gemeinschaftlichen Wälder, Alpen, Weiden u. s. w., in dem Sinne, dass hier auch mit Bezug auf die Frage, ob Mehrheitsbeschlüsse auch für die Minderheit verbindlich seien, die Ortsgebräuche vorbehalten bleiben.

Winkler u. Mithafte ca. Zaugg.
15. Juni 1907 (Plenum).

Aus den Entscheidungsgründen:

Fraglich und zu untersuchen bleibt bei dieser Sachlage bloß, ob die 4 Miteigentümer des in Rede stehenden Berges: Johann und Christian Wenger, Niklaus Winkler und Rudolf Küenzi, die den Vertrag unterzeichnet haben und im Moment des Vertragsabschlusses die Mehrheit ($33^5/_{18}$ Kuhrechte von 42) der Anteile besaßen, ob diese Vier auch gegen den Willen der andern Miteigentümer Rudolf Messerli und Christian Winkler über die Substanz des Miteigentums durch Begründung einer Servitut rechtsverbindlich verfügen konnten, wenn — wie die Kläger in Art. 12 behaupten und der Beklagte in Art. 43 bestätigt, — eine Aufhebung des Miteigentums im Fragefalle nach Ortsgebrauch ausgeschlossen ist.

Ist die gestellte Frage zu bejahen, so ist die dem Beklagten zugefertigte Servitut gültig begründet und demnach die Klage abzuweisen.

Nach Satzung 397 C. G. B. sind nun Verfügungen einer Mehrheit von Miteigentümern in betreff der Substanz oder einer wesentlichen Veränderung der Benutzungsart für die Minderheit *nicht* verbindlich, *wenn* sie lieber aus der Gemeinschaft treten will *und* keine rechtsgültige Bestimmung sie daran verhindert.

Trifft diese Bedingung, wie vorliegend, nicht zu, so ist aus dem Wortlaut der angeführten Satzung per argumentum a contrario zu folgern, daß auch Mehrheitsbeschlüsse betreffend die Substanz für die Minderheit verbindlich sind.

Digitized by Google

In diesem Sinne scheint sich denn auch König, Bd. II, pag. 135 auszusprechen, wenn er sagt: „Indessen kann die Minderheit die Mehrheit auch nicht hindern, derartige (die Substanz betreffende) Verfügungen zu treffen.“ Jedenfalls ist Leuenberger dieser Meinung: er führt in Bd. II[1], pag. 97 seines Kommentars aus: „An derartige, tiefer eingreifende Verfügungen der Mehrheit ist zwar die Minderheit ebenfalls gebunden, *wenn* sie in der Gemeinschaft verbleibt. Zieht sie aber vor, die Gemeinschaft aufzulösen und steht ihr hierzu kein rechtliches Hindernis im Wege, so kann sie sich *mittelst Austritts* der aus jenen Verfügungen hervorgehenden Verbindlichkeiten entledigen.“

Wenn aus dem österr. Civ.-Ges.-Buch, das dem bernischen zum Vorbild gedient hat, die ausdrückliche Regelung nicht herübergenommen wurde, wonach für Differenzen zwischen einer im Miteigentumsverbande verbleibenden Minderheit und einer Mehrheit die Entscheidung durch das Los, einen Schiedsmann, oder den Richter vorbehalten ist (vgl. § 835 des österr. bürgerl. Gesetzbuches), so geschah das doch wohl eben in der Meinung, daß bei solchen Differenzen die *Mehrheit* ausschlaggebend sein solle. Jedenfalls liegt dieser Gedanke näher und entspricht eher einer billigen und vernünftigen Auffassung, als derjenige, daß ein Einzelner durch Verweigerung seiner Zustimmung zum Beschlusse der Mehrheit diesen unwirksam solle machen können.

Die Entscheidung der aufgeworfenen Frage im Sinne der Möglichkeit einer Majorisierung für den Fall, daß die Minderheit nicht ausscheiden kann, ist nun aber nicht für alle Fälle gegeben. Vielmehr sind die Bestimmungen der Satzung 397 mit denjenigen von Satz. 398, Al. 2 zu kombinieren und ist ein Vorbehalt hinsichtlich der gemeinschaftlichen Wälder, Alpen, Weiden u. s. w. in dem Sinne zu machen, daß hier auch mit Bezug auf die Frage, ob Mehrheitsbeschlüsse für die Minderheit verbindlich seien, die Ortsgebräuche vorbehalten bleiben. Wäre also in casu dargetan, daß eine Majorisierung *nach Ortsgebrauch* ausgeschlossen sei, so müßte demgemäß entschieden und der Standpunkt der Klägerschaft geschützt werden; ein derartiger Gebrauch ist aber von keiner Seite auch nur behauptet worden und besteht offenbar nicht.

Nach der bestehenden Gerichtspraxis kann keinem Zweifel unterliegen, daß Rechte an Quellen, wie sie vorliegend in Frage stehen, zu Gunsten von *Personen* — und

Digitized by Google

zwar als Servituten — begründet werden können. (Vgl. Zeitschr, des bern. Jur.-Ver. Bd. XL, pag. 519 ff. und pag. 675 ff., Monatsschrift für bern. Verw.-Recht Bd. II, pag. 270 ff., Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. XLI, pag. 89 ff. spez. pag. 96/97.) Ist aber die Begründung einer Servitut, wie sie vom Beklagten in Anspruch genommen wird, rechtlich möglich und ist tatsächlich durch den Vertrag vom 10. September 1903, in Verbindung mit der darauffolgenden Fertigung, in gültiger und auch für die Kläger wirksamer Weise eine solche Dienstbarkeit errichtet worden, so erweisen sich die beiden Klagsbegehren als unbegründet und sind abzuweisen, ohne daß untersucht zu werden brauchte, ob nicht — wie der Beklagte behauptet — das erste dieser Begehren bloß ein Motiv zum zweiten Begehren enthalte, wonach denn über dasselbe gar nicht zu urteilen wäre.

27. ***Satz. 811 u. 813 C. G. B.:*** **Ein Kaufvertrag um ein Immobile bedarf *immer* der amtsnotarialischen Beurkundung, wenn auf dem Kaufsobjekt Hypotheken lasten, nicht nur im Fall des *vorbehaltenen* Pfandrechts.**

(Vgl. Schnell zu Satz. 811, Kurz, Rechtsfreund, 2. Aufl., I. Teil, pag. 198, Leuenberger, Vorlesungen, II², pag. 728, Ztschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. I, pag. 370, Bd. XXI, pag. 540, Bd. XXXIV, pag. 416.)

28. ***Vorkaufsrecht und Wiederlosungsvorbehalt:*** **Zur rechtlichen Natur Beider.**

Gilt die zeitliche Beschränkung, die in Satz. 816 C. G. B. für den Wiederlosungsvorbehalt aufgestellt ist, auch für das Vorkaufsrecht?

Masse Sterchi ca. Friedrich u. Susanna Sterchi.

6./20. Juni 1907 (II. Abt.).

Tatbestand:

In einer Teilung zwischen den Noterben Sterchi wurde jedem der 3 Erben der ideelle Drittel an einem Heimwesen zugeschieden und dabei die Vereinbarung getroffen:

„Im Falle einer der Uebernehmer des Heimwesens ..... seinen Anteil veräussern wollte, so sollen der oder „die Miteigentümer berechtigt sein, den fraglichen Eigen„tumsanteil um die hievor angesetzte Uebernahmssumme zu „übernehmen. Das gleiche gilt auch, wenn ein Miteigen„tümer sterben sollte."

Digitized by Google

Einer der Miteigentümer starb. Die beiden andern machen heute ihren bestrittenen Anspruch auf Uebernahme des Drittels, der dem Verstorbenen zustand, geltend.

Aus den Entscheidungsgründen:

Ansehend die Bestreitung der Beklagten, daß ein derartiges Rechtsgebilde, wie es die in Rede stehende Klausel aufweise, als Nebenvertrag zu einem Kauf- oder Teilungsvertrage nach hiesigem Rechte gültig habe begründet werden können, ist vorerst zu konstatieren, daß — wie zwischen Parteien nicht streitig ist — vorliegend das kantonale Recht Regel macht, da es sich um die Begründung eines Vorkaufsrechtes mit Bezug auf eine Liegenschaft handelt (Hafner, Note 2 zu Art. 10 O. R., Note 1 zu Art. 231 das.; Schneider und Fick, Note 6 das.; Ztschr. d. bern. Jur.-Ver. Bd. XXXIV, S. 416).

Weiterhin steht außer Zweifel, daß die Begründung eines solchen Rechtes in der von den Erben Sterchi gewählten Form als gültig zu betrachten ist, denn wenn auch das bernische Recht diesbezüglich keine spezielle Bestimmungen enthält, so muß es doch den Beteiligten nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit unbenommen bleiben, die Rechtsverhältnisse mit Bezug auf eine in ihrem Miteigentum stehende Liegenschaft innert der gesetzlichen Schranken in beliebiger Weise zu ordnen.

Der Haupteinwand der Beklagten ist nun aber derjenige, welcher aus Satz. 816 hergeleitet wird und darin gipfelt, daß das von den Klägern auf Grund der mehrgedachten Klausel des Teilungsvertrages beanspruchte Recht zeitlich auf die Dauer von 10 Jahren beschränkt gewesen wäre und infolge dessen zur Zeit nicht mehr geltend gemacht werden könnte.

Von vorneherein ist festzustellen, daß, falls Satz. 816 C. in der Tat hier anwendbar sein sollte, der Einwand der Kläger, die Frist zur Geltendmachung des Wiederlosungsvorbehaltes beginne erst vom Tode des Johann Sterchi an zu laufen, im Gegensatz zu der Ansicht des erstinstanzlichen Richters nicht gehört werden könnte.

In Satz. 816 C. wird die Dauer des Wiederlosungsrechtes *schlechthin* auf 10 Jahre beschränkt und wenn diese zeitliche Beschränkung auch vorliegend maßgebend wäre, so ist klar, daß als Anfangszeit der 10-jährigen Frist das Datum des Abschlusses des Teilungsvertrages vom 7. Januar 1892

Digitized by Google

zu gelten hätte, denn damals wurde dem betr. Miteigentümer definitiv das Recht eingeräumt, den Anteil eines Miteigentümers unter gewissen Voraussetzungen um den Uebernahmspreis an sich zu ziehen. Die *Einräumung* dieses Rechtes wurde an keine Bedingung geknüpft, sondern bloß die *Möglichkeit seiner Ausübung* von gewissen faktischen Voraussetzungen — Veräußerungsabsicht oder Tod des andern Miteigentümers — abhängig gemacht. Da aber die Rechtswirksamkeit eines derartigen Vorbehalts — falls, wie gesagt, Satz. 816 C. darauf Anwendung finden sollte — *gesetzlich* auf die Dauer von 10 Jahren beschränkt war, so konnten daraus keine Rechte mehr hergeleitet werden, falls der Tod des betr. Miteigentümers nicht innert der angegebenen Frist seit dem Abschluß des Teilungsvertrages erfolgte, denn das Gesetz erkennt eben einem Wiederlosungsvorbehalte, seit dessen Begründung mehr als 10 Jahre verflossen sind, jede Rechtswirkung ab und es kann mithin keine Rede davon sein, durch Hinzufügung einer Bedingung die zeitliche Wirksamkeit eines solchen Vorbehaltes zu erstrecken. Man hat es eben hier mit einer gesetzlichen Beschränkung der Anerkennung des Parteiwillens in zeitlicher Hinsicht zu tun und nicht etwa mit einer Anspruchsverjährung und der Begriff der actio nata im Sinne von Art. 149 O. R. spielt mithin keine Rolle.

Das Schicksal des vorliegenden Rechtsstreites hängt also in der Tat von der Beantwortung der Frage ab, ob die in Rede stehende Klausel des Teilungsvertrages unter Satz. 816 C. zu subsumieren sei, speziell ob hier auch die dort vorgesehene zeitliche Beschränkung des Wiederlosungsvorbehaltes Regel mache.

Leuenberger (Vorles. II², S. 748) spricht sich in der Tat dahin aus, der Vorbehalt des Vorkaufsrechts (pactum protimiseos) sei im Grunde nichts anderes als ein bedingter Wiederlosungsvorbehalt und will namentlich auch die zeitliche Beschränkung der Satz. 816 C. analog auf den Vorbehalt des Vorkaufsrechtes angewendet wissen.

Auch Kurz (Rechtsfreund, 2. Auflage, S. 228 i. f.) erklärt, das sog. Vorkaufsrecht, welches sich zuweilen der Verkäufer vorbehalte, sei nichts anderes als ein solches Wiederlosungsrecht und auch er hält die betr. Vorschriften, insbesondere die zeitliche Beschränkung der Satz. 816 C. für *analog* anwendbar (S. 229 das.).

Nach dem in Seuff. Arch. N. F. Bd. 9, Nr. 100 re-

Digitized by Google

produzierten Entscheide wäre das Vorkaufsrecht sogar nur als eine Unterart des Rückkaufrechts zu betrachten und würden mithin die auf das letztere bezüglichen Gesetzesvorschriften auf das erstere *direkt* Anwendung finden.

Immerhin unterliegt die analoge Herbeiziehung der Satz. 816 C. im vorliegenden Falle gewichtigen Bedenken, dies zwar nicht sowohl aus dem Grunde, weil man es hier mit einem *Teilungsvertrage* zu tun hat, denn das Wiederlosungsrecht ist nicht auf den Kauf im engern Sinne beschränkt (Leuenberger das. S. 734), wohl aber mit Rücksicht darauf, daß die selbständige, vom Veräußerungsvertrage um das betr. Heimwesen unabhängige Begründung eines Vorkaufsrechtes zu gunsten der betr. Miteigentümer in Frage steht.

Daß eine derartige selbständige Begründung solcher Rechte zulässig ist, unterliegt zunächst keinem Zweifel (Kurz S. 230/231; Ztschr. d. bern. Jur.-Ver. Bd. 34, S. 46).

Daraus folgt aber noch keineswegs, daß die für den Wiederlosungsvorbehalt im Sinne von Satz. 816 C. aufgestellte zeitliche Beschränkung analog auf den vorliegenden Fall Anwendung zu finden hat.

Gegen eine analoge Anwendung der Satz. 816 C. spricht in erster Linie schon die Erwägung, daß man es hier mit einer Ausnahmebestimmung zu tun hat, deren Ausdehnung per analogiam auf mehr oder weniger verwandte Fälle an sich schon höchst bedenklich erscheint. Es ist doch wohl anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er die zeitliche Beschränkung der Satz. 816 C. nicht auf den in Satz. 815 C. normierten Fall des Wiederlosungsvorbehalts beschränkt wissen wollte, diesem Willen auch einen entsprechenden Ausdruck gegeben hätte. (Vgl. Ztschr. f. vaterländ. Recht IV, pag. 17 ff.).

Sodann trifft im vorwürfigen Falle die ratio legis der Satz. 816 C. insofern nicht zu, als man es hier nicht mit einer im Belieben des Verkäufers liegenden, der juristischen Natur des Kaufes widersprechenden Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Käufers über sein Anteilsrecht an der betr. Liegenschaft zu tun hat, sondern mit der dem einen Miteigentümer eingeräumten Befugnis, den Anteil des andern Miteigentümers unter bestimmten Voraussetzungen um den ursprünglichen Uebernahmepreis an sich zu ziehen. Der Zweck der betr. Vertragsklausel war offenbar der, daß der Uebergang einzelner Anteile in fremde Hände und die da-

Digitized by Google

durch bedingte Entwertung der übrigen Anteile verhütet werden wollte. Die gesetzgeberischen Gründe, welche zur Beschränkung des Wiederlosungsvorbehaltes in zeitlicher Hinsicht Anlaß gaben (s. Schnell Anmerkung zu Satz. 816 C.), treffen daher in Bezug auf diese Klausel nicht in gleicher Weise zu.

Abgesehen nun davon, dass — wie bemerkt — schon die ratio legis hier keiner analogen Herbeiziehung der Satz. 816 C. ruft, ist zu betonen, daß mit Ausnahme des bernischen Civilgesetzbuches und des code civil, welche nur den Wiederlosungs*vorbehalt* speziell ordnen, die übrigen Gesetzgebungen daneben auch das Vorkaufsrecht erwähnen und die beiden Institute zum Teil in gleicher, zum Teil in verschiedener Weise regeln. So ordnet das österr. Gesetzbuch das Wiederlosungs- oder Wiederkaufsrecht in den §§ 1067 bis 1070 (Kirchstetter Comm. S. 539), das Vorkaufsrecht dagegen in den §§ 1072 bis 1079 (Kirchstetter, S. 541).

Das B. G. B. normiert in § 1094 das Vorkaufsrecht als dingliche Belastung des Grundstückes zu gunsten des Berechtigten und in § 1095 die bezügliche Belastung des Bruchteils eines Grundstückes, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Die obligatorische Seite des Verhältnisses zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten sodann wird im Anschluß an die Vorschriften über den Kaufvertrag in § 504 ff. geregelt. Daneben finden sich in § 497 ff. Bestimmungen über den Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes zu gunsten des Verkäufers — entsprechend unserm Wiederlosungsvorbehalt — und es wird die Wirksamkeit dieses Vorbehaltes in § 503 auf 30 Jahre bei Grundstücken, auf 3 Jahre bei andern Gegenständen — Parteiverabredung vorbehalten — fixiert, während beim Vorkaufsrecht eine zeitliche Beschränkung nicht besteht (§ 514).

Im Entwurfe des schweiz. Civilgesetzbuches werden ebenfalls Vorkaufs- und Rückkaufsrecht in den Art. 672 und 674 getrennt behandelt und in Art. 1260 getrennt erwähnt. Art. 673 sodann führt sogar von Gesetzes wegen ein Vorkaufsrecht unter Miteigentümern ein; also gerade das, was Parteien in casu durch die fragliche Teilungsklausel einführen wollten.

Der code civil erwähnt nur das gesetzliche Vorkaufsrecht der teilungsberechtigten Miterben gegenüber einem Dritten (Art. 841), sowie dasjenige des debitor cessus gegenüber dem Cessionar eines streitigen Rechtes, nicht aber

Digitized by Google

auch das vertragliche Vorkaufsrecht. Daneben wird in den Art. 1659 ff. das Wiederkaufs(Wiederlosungs)recht des Verkäufers normiert und in Art. 1660 bestimmt, daß dasselbe nicht auf längere Zeit als 5 Jahre ausbedungen werden könne. Dagegen anerkennt die französische Doktrin ein vertragliches Vorkaufsrecht mit rein obligatorischer Wirkung, wobei die zeitliche Beschränkung von Art. 1660 c. c. keine analoge Anwendung finde, sondern bloß die allgemeinen Vertragsbestimmungen Regel machen (Aubry & Rau, cours de droit civ. franç. V, S. 57, Note 6; Zachariæ-Crome, franz. Civilr. II, S. 468 und 469). Einzig beim pactum displicentiæ kommt nach einer Ansicht die zeitliche Beschränkung von Art. 1660 c. c. analog zur Anwendung (Aubry & Rau l. l. S. 56, Note 4), jedoch auch nicht absolut, sondern das pactum displicentiæ würde nach 5 Jahren als promesse de revente gelten gelassen (Zachariæ-Crome l. l. S. 503, Note 6).

Danach läßt sich daraus, daß das Vorkaufsrecht als ein bedingtes Wiederlosungsrecht sich darstellt, noch keineswegs ohne weiteres folgern, daß auch mit Bezug auf die zeitliche Beschränkung des Vorkaufsrechtes, bezw. des selbstständig begründeten Wiederlosungsrechtes, die Vorschrift von Satz. 816 C. Regel macht, vielmehr erscheint die Annahme als plausibel, daß nur die Rechtswirksamkeit des in Satz. 815 C. normierten Wiederlosungs*vorbehaltes* als solchen auf die Frist von 10 Jahren beschränkt werden wollte.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch der Umstand, daß das Vorkaufsrecht als rein obligatorisches Gebilde nicht auf der nämlichen historischen Grundlage beruht wie das Wiederlosungs- oder Rückkaufsrecht. Das letztere hatte von Anfang an als Näherrecht im Gegensatz zum Vorkaufsrecht dinglichen Charakter (Beseler, Dtsch. Privatrecht, 2. Aufl., S. 518), während das Vorkaufsrecht an sich bloß als Nebenabrede beim Kaufvertrage in Betracht fällt und daher, wenn überhaupt, im Kapitel des Kaufvertrages erwähnt wird. Mit der Zeit verwischten sich aber die beiden Institute und wurde auch das Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung ausgestattet — eine spezielle Veranlassung hiezu bot die durch die Einführung des Grundbuchsystems bedingte Möglichkeit der Eintragung dieser Rechte in die öffentlichen Bücher — und in dieser Hinsicht als vertragliches Wiederlosungsrecht im Anschluß an das gesetzliche Wiederlosungsrecht behandelt. Während aber die gesetz-

Digitized by Google

lichen Wiederlosungsrechte von der Gesetzgebung nicht begünstigt wurden und sich nur noch geringe Reste derselben erhalten haben — Art. 841 und 1699 c. c. und § 673 schweiz. Entwurf — gewann die Begründung des Vorkaufsrechts, als vertragliches Losungsrecht mit durch die Eintragung im Grundbuch bedingter dinglicher Wirkung in den Partikularrechten weitere Verbreitung (s. Beseler l. c. S. 519; Dernburg, Preuß. Privatrecht I, S. 930; Oesterr. Gb. § 1075; Schweiz. Entwurf, Art. 1260 und 672; Satz. 816 C.).

Es liegt daher nach keiner Richtung ein triftiger Grund vor, weshalb die in Satz. 816 C. für den *Wiederlosungsvorbehalt* aufgestellte zeitliche Beschränkung auch auf das Vorkaufsrecht bezw. das selbstständig begründete Wiederlosungsrecht analoge Anwendung finden sollte, vielmehr muß hier das Prinzip der Vertragsfreiheit als maßgebend angesehen und angenommen werden, die heutigen Kläger seien — trotzdem der Tod des Joh. Sterchi erst nach Verfluß von mehr als 10 Jahren seit Abschluß des Teilungsvertrages vom 7. Januar 1892 erfolgte — ihrer auf Ziffer 5 dieses Vertrages basierenden Rechte nicht verlustig gegangen. Diese Lösung rechtfertigt sich um so mehr, als eine analoge Anwendung der Satz. 816 C. auf Fälle der vorliegenden Art, eventuell auch die analoge Herbeiziehung der Satz. 817 C. bedingen würde, denn sobald man einmal das Vorkaufsrecht mit dem Wiederlosungsvorbehalt auf die gleiche Linie stellt, ist nicht einzusehen, weshalb damit nicht auch die in Satz. 817 C. normierte Beschränkung des Käufers verbunden sein sollte. Andererseits paßt aber diese Beschränkung nur auf ein Institut, dem *seiner Natur nach* dinglicher Charakter zukommt, wie dies beim Wiederlosungsvorbehalte der Satz. 815 C. der Fall ist, der sich im Grunde wie der Verkauf mit Eigentumsvorbehalt als ein Surrogat des Pfandrechtes darstellt (s. Schnell, Anmerk. zu Satz. 815; Zachariæ-Crome l. c. II, S. 502, Note 1), während das Vorkaufsrecht *begrifflich* als rein persönliches Recht sich qualifiziert.

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

18. Zeugenbeweis beim Ehrbeleidigungsdelikt.

Polizeikammer, i. S. Susanna Siegenthaler, wegen Verleumdung, vom 27. Juli 1907.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen:

„II. Die Polizeikammer gelangt mit dem Vorderrichter zu einer Schuldigerklärung und Verurteilung der Frau Susanna Siegenthaler wegen Verleumdung des Rudolf Stucki.

Was insbesondere die Frage anbelangt, ob der Beweis für die eingeklagte Handlung als erbracht angenommen werden könne, so ist zu bemerken: Es fallen einzig die Aussagen der Zeugen Frau Streit, geb. Streit, und Frau Künzi, geb. Streit, in Betracht. Diese Zeugen haben ihre Wahrnehmungen gleichzeitig gemacht und stimmen in ihren Aussagen in Bezug auf die Zeit der eingeklagten Handlung genau überein. Der erstinstanzliche Richter hat mit Recht angenommen, daß die Depositionen der beiden Zeugen auch in Bezug auf den übrigen Inhalt als übereinstimmende anzusehen seien, obschon dieselben nicht genau den gleichen Wortlaut haben. Frau Streit, geb. Streit, sagt aus, Frau Siegenthaler habe bemerkt „es nähm se nid Wunder, wenns scho so viel Uneheliche gäb, wo d'r Stucki mit ne i Stall ihegangi." Frau Künzi dagegen deponiert, die Angeschuldigte habe die Aeusserung gethan, Stucki stelle uneheliche Kinder auf. Diese Aussagen haben genau den gleichen Sinn; Frau Künzi giebt in allgemeiner Weise Auskunft über den Sinn der eingeklagten Aeußerung, Frau Streit dagegen erinnert sich besser und spezifiziert. — Dies muß aber zur Annahme von übereinstimmenden Aussagen genügen, zumal wenn man bedenkt, daß gewöhnlich nur der Sinn einer ehrenrührigen Aeußerung und nicht die einzelnen Worte eingeklagt werden."

19. Der Forstfrevel ist auch nach der neuen Forstordnung vom 20. August 1905 ein *delictum sui generis*. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches sind auf den Forstfrevel nur insoweit anwendbar, als einer der in Art. 213, Abs. 2 u. 3 St. G. aufgeführten Fälle vorliegt.

Das Additionsprinzip des Art. 218 St. G. findet nicht Anwendung, wenn mehrere Forstfrevel, die nicht gemäss Art. 213 St. G. als Diebstahl bestraft werden, gemeinsam zur Beurteilung kommen.

Polizeikammer, i. S. Fritz Gerber, vom 10. August 1907.

(Zu vergl. Urteil der Polizeikammer i. S. Zaugg & Krebs. vom 11. Februar 1905, Zeitschrift Bd. XLI, S. 549).

Digitized by Google

20. Widerhandlung gegen das Reglement betr. die Sonntagsruhe in der Gemeinde Bern. — Auslegung des Art. 5. — Beweislast.

Polizeikammer, i. S. G. E. Wenger, vom 24. August 1907.

Aus den Entscheidungsgründen:

„2. Bei der Beurteilung der Frage nun, ob der Angeschuldigte sich durch das von ihm selbst zugestandene Verhalten einer Widerhandlung gegen Art. 5, Ziffer 6c des mehrerwähnten Polizeireglements schuldig gemacht habe, wonach nämlich das Offenhalten der Verkaufslokale der *Bäckereien,* im Gegensatz zu denjenigen der *Konditoreien* (vgl. Art. 5, Ziffer 1 ibid.) an öffentlichen Ruhetagen von mittags 12 Uhr bis abends um 6 Uhr untersagt ist, kann es sich nach der Bestimmung des Art. 6 leg. cit. lediglich darum handeln, zu prüfen, *„welche Warengattungen,* — d. h. ob Konditoreiartikel oder Bäckereiwaren — *den Hauptbestandteil der Warenvorräte* des Angeschuldigten *bilden“,* bezw. darum, wie diese Bestimmung richtigerweise zu interpretieren sei.

In letzterer Beziehung kann es logischerweise keinem Zweifel unterliegen, dass der Gesetzgeber damit nicht sowohl die Größe der Warenvorräte als solche, die ja beständig wechseln, im Auge hatte und auf diese abstellen wollte, — wie nach dem Wortlaute fraglicher Bestimmung angenommen werden könnte — sondern auf die *Größe der Produktion und des Absatzes* bezügl. der in einem Geschäfte vertretenen Warengattungen, m. a. W. ob — konkret gesprochen — im gegebenen Falle der Bäckerei- oder aber der Konditoreibetrieb vorwiegt.

Von einer Verurteilung des Angeschuldigten wegen Widerhandlung gegen den mehrerwähnten Art. 5, Ziff. 6c, des Sonntagsruhereglementes könnte mithin, da zufolge der den Strafprozeß beherrschenden Officialmaxime die *Schuld* jeweils von der Anklage zu beweisen ist, nur dann die Rede sein, wenn diese in casu den Beweis erbracht hätte: einmal dafür, daß das Geschäft des Angeschuldigten an einem öffentlichen Ruhetag, während der Zeit von Mittags 12 Uhr bis abends 6 Uhr offen gehalten worden sei und fernerhin auch dafür, daß in jenem Geschäfte der Bäckereibetrieb gegenüber dem Konditoreibetriebe prävaliere.

Der Beweis hiefür kann nun aber gestützt auf das vom erstinstanzlichen Richter angeordnete und durchgeführte Be-

Digitized by Google

weisverfahren nicht als erbracht angesehen werden, weshalb eine Verurteilung des Angeschuldigten ohne weiteres ausgeschlossen erscheint.

Immerhin ist im Anschluss an das vorhin Gesagte zu bemerken, daß der Richter sich nicht damit hätte begnügen sollen, den Bestand der Warenvorräte nach der einen und andern Richtung hin zu konstatieren, er sich vielmehr durch geeignete Maßnahmen *darüber* hätte vergewissern sollen, *ob der Geschäftsbetrieb des Angeschuldigten sich vorwiegend als ein solcher der Konfiserie- oder aber der Bäckereibranche darstelle,* in welchem Falle das Endresultat des vorliegenden Strafverfahrens sich vielleicht anders gestaltet hätte."

21. Die Kumulation von ordentlichen Rechtsmitteln mit dem Wiedereinsetzungsgesuche ist zulässig.

Polizeikammer, i. S. Bandi, vom 4. September 1907.

22. Die Einsendung der Akten an die Appellationsinstanz bildet eine Verfolgungshandlung im Sinne des Art. 7 St. V. (Vgl. Zeitschrift Bd. XLI, S. 395).

Polizeikammer, i. S. Bandi, vom 4. September 1907.

23. Die verminderte Zurechnungsfähigkeit wird vom bern. St. G. als *facultativer* Strafmilderungsgrund behandelt, sofern keine mit Zuchthaus bedrohte Handlung in Frage steht.

Polizeikammer, i. S. X., vom 4. September 1907.

24. Corps du délit de concubinage.

Chambre de police, arrêt du 14 septembre, dans la cause L. Daglia et F. Mahon.

Extrait des considérants:

„3. Les prévenus reconnaissent donc qu'ils font commun ménage, qu'ils vivent maritalement depuis le commencement de l'année 1902, sans que leur liaison soit légalement consacrée par le mariage. Le juge de première instance, dit que le délit de concubinage est le fait pour deux célibataires ou veufs de sexes différents de vivre ensemble maritalement et que le prévenu n'étant ni célibataire ni veuf, mais bien un homme marié, sa cohabition avec la prévenue constitue non pas le délit de concubinage, mais celui d'adultère permanant, qui ne peut être poursuivi qu'à la requête de la partie lésée.

Cette opinion est erronée: le concubinage est l'état *de*

Digitized by Google

deux personnes qui vivent maritalement, sans être unies par les liens du mariage. (Voir Zeitschr. des bern. Juristenverein, vol. 35, pag. 422.) Il n'y a pas de différence à faire dans l'état civil des personnes qui en sont les auteurs; qu'elles soient mariées, veuves ou célibataires, le délit existe dès que les faits matériels qui le constituent sont établis. Or, le corps du délit est reconnu par les prévenus; ils doivent donc être déclarés coupables de concubinage et condamnés en application de l'art. 163 c. p."

25. Force probante d'un acte non estampillé en procédure pénale.

Chambre de police, arrêt du 14 septembre 1907 dans la cause R. Rothenbühler.

Extrait des considérants:

„. . . . Au revers de cet acte (reconnaissance de dette) sont collées deux estampilles de 10 cent. sur lesquelles se trouve apposé le timbre humide du greffe du tribunal de Porrentruy, portant la date du 13 avril 1907. Ces estampilles n'ont donc pas été apposées conformément à l'art. 5 de la loi sur le timbre du 16 mars 1880. Passé le délai de 30 jours dès le moment où cet acte a été dressé, il était frappé d'un droit de timbre extraordinaire de dix fois la valeur du timbre simple. Il est donc insuffisamment timbré et ne devrait par conséquent avoir aucune force probante. (art. 6 leg. cit.) On ne saurait cependant en matière pénale, appliquer strictement les conséquences de ce principe et dire, sans autre, qu'un acte soumis au timbre n'a aucune force probante aussi longtemps que le droit de timbre n'a pas été acquitté conformément aux prescriptions de la loi. A supposer par exemple qu'une personne ait commis un faux, ou tout autre délit, l'application du principe sus-indiqué pourrait produire de curieux effets et rendre même illusoire l'action de la justice pénale. Si l'application de ce principe peut facilement se concevoir dans l'administration de la justice civile, il n'en est pas de même en matière pénale, à raison de la diversité d'organisation et du but des deux procédures. Un juge pénal doit jouir d'une liberté complète d'appréciation, des moyens de preuve servant à la manifestation de la vérité. Le code de procédure pénale, seul, peut apporter des restrictions à cette liberté d'appréciation, comme il le fait d'ailleurs dans son art. 359 par exemple pour les titres

Digitized by Google

privés, ou même dans son art. 357 où il exige qu'un titre public, pour faire preuve complète, soit revêtu des formes légales. Il s'agit au cas particulier d'un titre privé et la libre appréciation par le juge ne saurait en être restreinte par une disposition d'une loi essentiellement fiscale, comme l'est la loi sur le timbre du 16 mars 1880. Le juge doit pouvoir l'apprécier librement et en tirer tous les faits pouvant servir à la découverte de la vérité."

Justiz-Entscheide des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*, Bern.

12. Die Frage, ob wegen Missbrauchs des öffentlichen Benützungsrechtes einer Strasse Schadenersatz zu leisten ist, ist civilrechtlicher Natur, ebenso ein Streit über die Beziehungen des Konzessionsinhabers zu den durch seine Unternehmung in Mitleidenschaft gezogenen Drittpersonen nach den Art. 21 und 26 des Bergwerkgesetzes vom 21. März 1858.

Obergericht, 6. Juli 1907, Kompetenzstreitsache zwischen A. J. Pfister und der Einwohnergemeinde Rumisberg.

Entscheidungsgründe:

„1. Entscheidend für die Frage, ob die Civilgerichte oder die Administrativbehörden für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites zuständig seien, ist lediglich die Natur des *Rechtsgrundes* bezw. der Rechtsgründe, aus denen die Klägerschaft ihre Ansprüche herleitet (cfr. Zeitschr. 42, S. 573; 41, S. 555).

2. Nach dem Inhalt der von der Einwohnergemeinde Rumisberg gegen Fabrikant Pfister in Wangen unterm 21./26. März abhin beim Gerichtspräsidenten von Wangen anhängig gemachten Klage stützt die erstere ihre Rechtsansprüche gegenüber dem letztern einerseits auf Art. 21 und 26 des Bergwerksgesetzes vom 21. März 1853 und andererseits auf Art. 50 ff. O. R.

3. Daß die letztere causa an sich civilrechtlicher Natur ist, liegt auf der Hand und bedarf keiner weitern Erörterung.

Dagegen bestreitet der Impetrant Pfister diesbezüglich deshalb die Kompetenz der Civilgerichte, weil der Entscheid

Digitized by Google

über die Frage, ob die Straße Rumisberg-Dettenbühl eine öffentliche sei, deren Gebrauch jedermann erlaubt ist, oder ob Pfister für den Gebrauch derselben ein Entgeld schulde, den Administrativbehörden zufalle.

Hinsichtlich dieses Einwandes ist jedoch zu bemerken, daß nicht *die* Frage zwischen den Parteien streitig ist, ob dem *Beklagten* ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf die Benutzung der Straße zusteht, sondern soweit der Anspruch aus Art. 50 O. R. hergeleitet wird, *die,* ob derselbe *widerrechtlich* — durch *Mißbrauch* des öffentlichen Benutzungsrechts — der Klägerin einen Schaden zugefügt habe, zu dessen Ersatz er nach dem zitierten Art. 50 ff. verpflichtet ist. Nun ist allerdings richtig, daß bei Beurteilung der Frage, ob die Schadenszufügung widerrechtlich ist, unter Umständen auch Grundsätze des öffentlichen Rechtes durch den urteilenden Richter mitberücksichtigt werden müssen; dieser Umstand ändert aber an der civilrechtlichen Natur des Schadensanspruchs ebensowenig, als öffentlich-rechtliche Ansprüche ihrer Natur nach dadurch alteriert werden, daß bei ihrer Beurteilung durch den Administrativrichter unter Umständen auch civilrechtliche, z. B. erbrechtliche Verhältnisse mit in Berücksichtigung gezogen werden müssen (cfr. Monatsblatt XII, S. 372).

4. Soweit der klägerische Anspruch aus Art. 21 und 26 des Gesetzes vom 21. März 1853 hergeleitet wird, so ergibt sich — abgesehen von der hier nicht zu entscheidenden Frage, ob diese im Titel IV leg. cit. enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen überhaupt auf den Beklagten Pfister Anwendung finden — schon daraus, daß die bezüglichen Bestimmungen im I. Abschnitt des Titel IV stehen, der nur „von der Sicherheit der Arbeiter" und „*der Entschädigung an die Eigentümer des Bodens*" handelt, daß es sich hiebei nicht „um öffentliche Leistungen" gegenüber dem Staat oder einer öffentlich-rechtlichen Korporation handelt, sondern diese Bestimmungen lediglich den Zweck haben, die *privatrechtlichen* Beziehungen des „Konzessionsinhabers" zu den durch seine Unternehmung in Mitleidenschaft gezogenen Dritten gesetzlich zu regeln. Zudem verweisen ja gerade die von der Klägerin angerufenen Art. 21 und 26 in erster Linie auf die einschlagenden Bestimmungen der allgemeinen *Civil*gesetze, die denn in der Tat zum Teil im Anschluß an die bereits bestehenden civilrechtlichen Vorschriften noch ergänzt werden. Ihrer Natur nach sind also alle aus dem

Digitized by Google

I. Abschnitt des Titel IV leg. cit. gegenüber dem Konzessionsinhaber hergeleiteten Ansprüche *civilrechtlicher* Natur. Dementsprechend ist auch die in Art. 26 in fine statuierte Beitragspflicht zum Unterhalt der bestehenden Wege im allgemeinen nicht eine *verwaltungsgesetzliche* Vorschrift im Sinne des Art. 19, 1. Al. des Gesetzes vom 1. Mai 1854, sondern eine *privatrechtliche*, wenn sie auch nicht als eine durch *Vertrag* begründete, sondern unmittelbar *aus dem Gesetz selbst fließende Verpflichtung* sich darstellt.

5. Die Verpflichtungsgründe, aus denen die Klägerin ihre Ansprüche herleitet, beruhen sonach nicht in einem *Verwaltungs*gesetze, sondern in privatrechtlichen Gesetzesbestimmungen. Zur Beurteilung derselben sind demnach nach Art. 19 leg. cit. nicht die Administrativ-, sondern die Gerichtsbehörden zuständig.

Bemerkung. Der Regierungsrat hat diesem Entscheide am 29. Juli 1907 beigepflichtet.

18. Fragestellung bei Fälschungsdelikten im Assisenverfahren.

Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, 22. Juli 1907, Kassationsgesuch der Staatsanwaltschaft des 2. Bezirkes i. S. gegen R. Zbinden.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Durch Beschluß vom 6. März 1907 überwies die Anklagekammer des Kantons Bern den Rudolf Zbinden, Melker, Domizil verzeigend in Neuenegg, den Assisen des zweiten Geschwornenbezirkes, unter der Anklage:

a) *Der Fälschung eines Bankpapieres*, begangen am 30. Januat 1907 in Bern dadurch, daß er auf einem Eigenwechsel für Fr. 1000. — an die Ordre der Spar- und Leihkasse in Bern d. d. 30. Januar 1907 die Unterschriften des Ernst Zwahlen, Landwirt in Albligen, als Schuldner, und des Gottfried Freiburghaus, Landwirts in Neuenegg, und des Samuel Krummen, Möbelhändlers in Bern, als Bürgen, gefälscht hat, wobei der beabsichtigte Nachteil Fr. 300. — übersteigt (Art. 108, Ziff. 1 Str. G.).

b) *Der Fälschung einer Privaturkunde*, begangen dadurch, daß er im Januar 1907 in Neuenegg in rechtswidriger Weise eine Quittung für Fr. 450. — fälschlich angefertigt und auf derselben die Unterschrift des Gottfried Klopfstein, Weibels in Laupen, nachgemacht hat, wobei der beabsichtigte Schaden Fr. 300.— übersteigt (Art. 110, Ziff. 1 Str. G.).

Digitized by Google

In der Sitzung der Assisen des zweiten Geschwornenbezirks vom 22. Mai 1907 redigierte der Präsident der Kriminalkammer nach Schluß der Verhandlungen die an die Geschwornen zu stellenden Fragen folgendermaßen:

1. Ist der Angeklagte Rudolf Zbinden schuldig, der Fälschung eines Bankpapieres, begangen am 30. Januar 1907 in Bern mittelst Nachmachung oder Veränderung von Schriften oder Unterschriften in widerrechtlicher Absicht dadurch, daß er auf einem Eigenwechsel für Fr. 1000. — an die Ordre der Spar- und Leihkasse in Bern d. d. 30. Januar 1907 die Unterschriften des Ernst Zwahlen, Landwirts in Albligen, als Schuldner, und des Gottfried Freiburghaus, Landwirts in Neuenegg, und des Samuel Krummen, Möbelhändlers in Bern, als Bürgen, gefälscht hat?

Wenn Frage 1 bejaht wird:

2. Übersteigt der eingetretene oder beabsichtigte Nachteil den Betrag von Fr. 300. —?

3. Ist der Angeklagte Rudolf Zbinden schuldig der Fälschung einer Privaturkunde, begangen mittelst Nachmachung oder Veränderung von Schriften oder Unterschriften oder in irgend einer andern Weise in widerrechtlicher Absicht dadurch, daß .er im Januar 1907 in Neuenegg eine Quittung für Fr. 450. — fälschlich angefertigt und auf derselben die Unterschrift des Gottfried Klopfstein, Weibels in Laupen, nachgemacht hat?

Wenn Frage 3 bejaht wird:

4. Übersteigt der eingetretene oder beabsichtigte Nachteil den Betrag von

a) Fr. 300. —?

Wenn nein:

b) Fr. 30. —?

Zu diesen Fragen stellte der funktionierende Staatsanwalt gemäß dem ihm durch Art. 433 Str. V. eingeräumten Rechte folgende Zusatzanträge:

Es sei der ersten Frage, enthaltend den Tatbestand der Fälschung nach Art. 108 Str. G., folgender Satz beizufügen: „wobei ein Schaden eingetreten ist oder beabsichtigt war", eventuell, es sei separat folgende zweite Frage zu stellen: „Ist durch diese Fälschung ein Nachteil eingetreten oder beabsichtigt gewesen?" Die gleichen Anträge werden analog gestellt für die dritte Frage, enthaltend den Tatbestand der Fälschung nach Art. 110 Str. G. (eventuell nach Einschiebung einer besondern Frage nach Frage 3).

Digitized by Google

Da der Präsident der Kriminalkammer diesen Anträgen nicht beipflichtete, entschied die Kriminalkammer, und zwar sprach sie sich für die Fragestellung ihres Präsidenten aus und wies infolgedessen die Zusatzanträge des Bezirksprokurators ab.

Durch diesen Entscheid erachtete sich die Staatsanwaltschaft als in ihren Rechten verletzt und reichte deshalb das vorliegende Kassationsgesuch ein.

2. An sich ist zweifellos, daß der Entscheid der Kriminalkammer, vermittelst welchem die Staatsanwaltschaft mit ihren Zusatzanträgen abgewiesen wurde, sich als Zwischenentscheid charakterisiert, der die Staatsanwaltschaft, wenn sie durch denselben verletzt wurde, berechtigt, gemäß Art. 479, Ziff. 2 Str. V. die Kassation des Endurteils zu verlangen. Zu untersuchen ist demnach lediglich, ob die Staatsanwaltschaft durch den sog. Zwischenentscheid verletzt worden sei. Bei Prüfung dieser Frage ist zunächst festzustellen und von ausschlaggebender Bedeutung, daß in die an die Geschwornen zu stellende Hauptfrage, zu welcher die Staatsanwaltschaft Zusatzanträge gestellt hat, sämtliche Tatbestandsmerkmale des in Frage stehenden Delikts aufzunehmen sind (vgl. Massé, Observations sur la position des questions au jury en matière criminelle S. 8, 12 und 13; Garrand, Traité théorique et pratique du droit pénal français Bd. III, S. 500 f.; Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 41, S. 225, Ziffer 4). Maßgebend für die Frage, ob den Zusatzanträgen der Staatsanwaltschaft zu entsprechen war, ist somit der Umstand, ob bei den Fälschungsdelikten der Art. 108 und 110 Str. G. das Schadensmoment d. h. die Tatsache, daß ein Nachteil eingetreten oder beabsichtigt gewesen sei, ein Tatbestandsmerkmal dieser Delikte bilde oder nicht.

In dieser Beziehung ist nun grundlegend, daß das bernische Strafgesetz die Fälschungen der Art. 108 und 110 überhaupt nur bestraft, wenn ein Nachteil eingetreten oder beabsichtigt ist. Ist dies nämlich nicht der Fall, so fehlen, da die Strafsanktion sich nach dem Maße des eingetretenen oder beabsichtigten Nachteils richtet, jedwede Anhaltspunkte für das Strafmaß und kann somit keine Rede davon sein, daß man es mit nach den Art. 108 bezw. 110 Str. G. strafbaren Handlungen zu tun hat. Dies beweist aber zur Genüge, daß das Schadensmoment in den Art. 108 bezw. 110 Str. G. als Tatbestandsmerkmal aufzufassen ist.

Gestützt wird diese, beiläufig bemerkt auch von K. Stooß

Digitized by Google

in seinen Grundzügen des Schweiz. Strafrechts Bd. II, S. 327 geteilte Auffassung, dadurch, daß das Strafgesetz in seinen Art. 109 und 110 in fine das Maß des verursachten oder beabsichtigten Schadens noch speziell als Strafzumessungsgrund anführt und damit deutlich zu erkennen gibt, daß das Schadensmoment der Ziffer 1 und 2 des Art. 108 und der Ziffer 1, 2 und 3 des Art. 110 nicht als blosser Strafzumessungsgrund aufzufassen ist. Dabei versteht es sich von selbst, daß von einem beabsichtigten Schaden schon dann gesprochen werden muß, wenn der Urheber der Fälschung die Möglichkeit des Eintrittes eines Schadens vorausgesehen hat oder hat voraussehen können; denn schon darin liegt die Absicht, einen Schaden zu stiften. Ist dagegen die Möglichkeit einer Schädigung zum vornherein ausgeschlossen, so wird die Fälschungshandlung zweifellos nicht von den Bestimmungen des Arts. 108 oder 110 Str. G. getroffen, sondern von Art. 112, der seine Anwendung zu finden hat, sobald die von der Fälschung betroffenen Rechte keine bestimmte Schatzung zulassen (vgl. Monatsbl. für bern. Rechtsprechung Bd. VI, S. 190, Bd. XV, S. 50).

Mit der Auffassung des Schadensmomentes als eines Tatbestandsmerkmals stimmt denn auch sowohl die französische Doktrin als Praxis überein und zwar ohne daß das französische Gesetzbuch, dem die Art. 108 und 110 des bern. Strafgesetzes im übrigen beinahe wörtlich entnommen sind (vgl. Art. 147 und 150 c. p. fr.) in Abweichung vom bern. Strafgesetzbuch, des Schadensmomentes auch nur Erwähnung täte. So führt denn Garraud a. a. O. Bd. III, S. 497 aus: Toutefois malgré l'absence d'une détermination légale des éléments de ce crime (der Fälschung) la doctrine et la jurisprudence françaises sont d'accord pour reconnaître que le faux doit toujours comprendre trois éléments: 1° l'altération de la vérité dans un écrit et suivant l'un des modes prévus par la loi; 2° le préjudice résultant de cette altération; 3° l'intention de nuire, c'est-à-dire le dessein de se procurer ou de procurer à autrui un bénéfice illégitime.

Dem gegenüber überschätzt der angefochtene Zwischenentscheid die Tatsache, daß die Art. 108 und 110 im bern. Gesetzbuche, dem französischen Vorbilde entsprechend, unter die strafbaren Handlungen gegen öffentliche Treue und Glauben eingereiht sind. Wie nämlich aus der von einem der Redaktoren, Oberrichter Buri, in der Sitzung des Großen Rates vom 29. Januar 1866 abgegebenen Erklärung (vgl.

Digitized by Google

Tagblatt des Großen Rates, Jahrgang 1866, S. 106) klar hervorgeht, wurde die Fälschung nichtsdestoweniger von den Redaktoren als eine gegen das *Eigentum* gerichtete strafbare Handlung aufgefaßt und demgemäß auch auf die gleiche Stufe gestellt und analog behandelt wie der Diebstahl (Art. 211 Str. G.), der Betrug (Art. 231), der betrügerische Geltstag (Art. 225), die Eigentumsbeschädigung (Art. 200, 201). In Gegenwart dieser unbeanstandet gebliebenen Erklärung und des ihr entsprechenden Systems kann keinem Zweifel unterliegen, daß der bernische Gesetzgeber trotz der Einreihung der Delikte der Art. 108 und 110 in den VI. Titel des Strafgesetzbuches diese Delikte dennoch als Eigentumsdelikte angesehen hat und demgemäß das Schadensmoment als Tatbestandsmerkmal hat aufgefaßt wissen wollen, welcher Willen denn auch im Gesetze seinen adæquaten Willen gefunden hat.

Zum nämlichen Schluße ist übrigens die Kriminalkammer selbst, wie dies aus der Erwägung 4 des angefochtenen Entscheides hervorgeht, schon zu wiederholten Malen gekommen und kann in dieser Beziehung bloß auf den Entscheid i. S. Rudolf Gurtner vom 31. Juli 1901 verwiesen werden, wo in durchaus zutreffender Weise in Betracht gezogen wurde, daß die Art. 108 und 110 Str. G. für die Fälle, in denen kein Nachteil eingetreten ist oder beabsichtigt war, eine Strafdrohung nicht enthalten.

3. Ist somit das Schadensmoment der Art. 108 und 110 Str. G. als Tatbestandsmerkmal aufzufassen, so ist es auch in die an die Geschwornen zu stellende Hauptfrage aufzunehmen. Es genügt aber in dieser Beziehung, entgegen der von der Kriminalkammer in ihrem Entscheide i. S. Kaspar Roth vom 25. Oktober 1904 zum Ausdrucke gelangten Auffassung nicht, wenn statt nach der Schädigungsabsicht bloß nach der widerrechtlichen Absicht gefragt wird. Zu beachten ist nämlich, daß weder Art. 108 noch Art. 110 Str. G, der „rechtswidrigen Absicht" Erwähnung tun und daß diese vielmehr aus Art. 106 leg. cit. herübergenommen wurde, welcher vorliegend nicht zur Anwendung kommt. Wenn die „rechtswidrige Absicht" aber nichts anderes bedeutet oder bedeuten soll, als den rechtswidrigen Vorsatz des Art. 27 Str. G., so ist ihre Erwähnung, weil bereits in den Worten: „Ist der Angeklagte schuldig" enthalten, überflüssig. Durchaus zutreffend führt in dieser Beziehung Massé op. cit. S. 8 aus:

„La déclaration de culpabilité lie au fait matériel la

Digitized by Google

criminalité de l'intention; le mot „coupable" comprend alors tout à la fois la déclaration que le fait qualifié comme crime est constant, que l'accusé en est l'auteur et qu'il l'a commis avec intention malveillante; ce mot coupable embrasse à la fois la matérialité du fait et sa moralité, réunion indispensable pour apprécier si l'accusé doit être puni, l'intention criminelle étant un des éléments constitutifs de tous les crimes".

In der Tat ist zu unterscheiden zwischen dem allgemeinen rechtswidrigen Vorsatze einerseits, welcher immer notwendig ist, damit eine Fälschung strafbar sei und welcher darin besteht, daß der Täter Kenntnis von der Ungesetzlichkeit der Fälschung besitzt und sie dennoch ausführen will und der speziellen aus dem Fälschungszwecke hervorgehenden Absicht anderseits, der betrügerischen Absicht, d. h. dem Willen, sich einen rechtswidrigen Vorteil zum Nachteil eines andern zu verschaffen, oder wie sich das bernische Strafgesetzbuch in etwas zu knapper Fassung ausdrückt: „der Benachteiligungsabsicht" (vgl. Garraud op. cit. S. 573). Ist dies aber so, so ist sowohl nach dem dolus generalis als dem dolus specialis getrennt zu fragen und liegt insbesondere in der Frage nach dem dolus generalis nicht schon diejenige nach dem dolus specialis, wie dies die Kriminalkammer in dem genannten Falle annahm.

4. Wäre nach all dem den Zusatzanträgen der Staatsanwaltschaft in der Tat zu entsprechen gewesen, so ist nichtsdestoweniger die Staatsanwaltschaft durch die Weigerung der Kriminalkammer, diesen Anträgen zu willfahren, nicht verletzt worden, indem Zbinden sowohl wegen Fälschung eines Bankpapiers als einer Privaturkunde verurteilt wurde und wie aus den Antworten der Geschwornen hervorgeht, zweifellos in gleicher Weise auch verurteilt worden wäre, wenn die Fragestellung den Anträgen der Staatsanwaltschaft entsprochen hätte. Deshalb entfällt jedweder Anlaß, die Kassation auszusprechen und muß daher das Kassationsgesuch im Sinne der Erwägungen abgewiesen werden."

14. Das Revisionsgesuch gegen ein auf leichtsinnigen Konkurs (§ 51, Ziffer 1 E. G.) lautendes Strafurteil kann nicht auf ein angeblich neu entdecktes Indizium gestützt werden, durch welches nachgewiesen werden soll, dass der Gesuchsteller ohne seine Schuld in Konkurs geraten ist. (Art. 502, Ziff. 2 St. V.)

Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, 3. August 1907, Revisionsgesuch des J. Brandmann.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe:

„Nach Art. 502, Ziffer 2 St. V. kann der Verurteilte die Revision verlangen, wenn derselbe später *neue* Indizien entdeckt, welche geeignet sind, seine *Freisprechung* herbeizuführen. Brandmann wurde durch Urteil der Polizeikammer vom 17. Januar 1907 des leichtsinnigen Konkurses im Sinne von *§ 51, Ziffer 1* E. G. zum B. u. K. schuldig erklärt und demgemäß korrektionell zu 20 Tagen Gefangenschaft verurteilt. Danach erfolgte also seine Verurteilung lediglich deshalb, weil er im Sinne der genannten Gesetzesstelle unterlassen hatte, ordnungsgemäße Bücher zu führen. Nun verlangt aber der Gesuchsteller Brandmann Revision *dieses* Urteils, weil er seit seiner Verurteilung unterm 14. Juli 1907 von seinem Schwager einen Brief erhalten habe, in dem dieser anerkenne, ihm für Fr. 6000. — Geld und Waren unterschlagen zu haben. Abgesehen nun von der Frage, ob dieser Brief nach den tatsächlichen Verumständungen überhaupt ein *neu entdecktes* Indizium im Sinne des Art. 502, Ziffer 2 St. V. ist oder nicht, so ist doch jedenfalls klar, daß die behauptete und sich aus diesem Briefe angeblich ergebende Tatsache, daß dem Gesuchsteller *vor* seinem Konkurse Fr. 6000. — entwendet worden seien, nie und nimmer geeignet ist, seine Freisprechung wegen leichtfertigen Konkurses im Sinne von *§ 51, Ziffer 1* E. G. zum B. u. K. herbeizuführen. Denn für die Frage, ob der Gesuchsteller widerrechtlich unterlassen habe, ordnungsgemäße Geschäftsbücher zu führen, ist selbstverständlich der Umstand, daß ihm Vermögenswerte entwendet wurden und er deshalb in Konkurs geraten ist, vollständig unerheblich."

15. La Cour d'Appel et de Cassation examine d'office, si les diligences nécessaires pour l'admissibilité d'une prise à partie (notamment la dénonciation au juge) ont été dûment accomplies.

Cour d'Appel et de Cassation, première Chambre, 20 août 1907, prise à partie de D. Scherrer.

Considérants:

„1. La procédure de la prise à partie s'instruit d'office et n'est pas laissée entièrement à la liberté des parties, car il s'agit d'une plainte dirigée contre un juge ou un tribunal fautifs, par laquelle on requiert la mise en action du pouvoir

Digitized by Google

disciplinaire de la Cour d'appel et de cassation. Cette dernière doit dès lors examiner d'office si, au point de vue formel, les diligences nécessaires pour l'admissibilité de la plainte ont été duement accomplies. Cette tâche lui incombe, alors même que le juge ou le tribunal attaqués ne s'en prévaudrait point ou renoncerait à s'en prévaloir. (Voir Zeitschr. des bern. Juristenvereins vol. 20, pag. 497, vol. 21, pag. 486, vol. 27, pag. 133.) Quand bien même l'instruction des prises à parties se fait d'office par l'autorité disciplinaire, c'est cependant au plaignant de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires à l'introduction de sa plainte et d'en apporter la preuve. Cette preuve comporte notamment celle du fait que la dénonciation de prise à partie a eu lieu à temps et que celle-ci indiquait clairement l'action ou l'omission dont on fait grief au juge. (Voir Zeitschr. des bern. Juristenvereins vol. 38, pag. 387.)

2. Au cas particulier la prétendue dénonciation de prise à partie n'a pas seulement été jointe aux pièces, ainsi que cela a déjà été fait remarquer ci-dessus. Il est dès lors impossible à la Cour d'examiner si cette dénonciation répond au sens, à l'esprit et à la lettre des dispositions légales; à défaut de l'apport de cette preuve, elle n'est donc pas à même d'entrer en matière sur le fond de la plainte."

16. ***Vaterschaftsprozeß.*** **Die Entscheidung über die Frage der Entschuldbarkeit der Nichterfüllung der Schwangerschaftsdiligenzien ist mit dem Urteil zu verbinden. (Satz. 188 C. G. B.)**

Appellations- und Kassationshof, 2. Abteilung, 20. August 1907, Beschwerde des E. Rüedi.

Entscheidungsgründe:

„Nach Satz. 191 und 192 C. G. bildete allerdings die Frage der Entschuldbarkeit (Satz. 188) gemeinsam mit der uneinläßlichen Antwort des Beklagten (Satz. 185) den Gegenstand eines besondern Vorverfahrens.

Durch die Vorschriften der §§ 296 P. ist nun aber dieses Vorverfahren beseitigt und es sind alle diese Fragen mit dem Haupturteil zu erledigen.

Dabei ist zu betonen, dass in Fällen, wo eine Entschuldigung schon nach den unbestrittenen Anbringen der Parteien ausgeschlossen erscheint, die Klage ohne weitere Beweisführung abgewiesen werden muss, so dass allerdings die

Digitized by Google

Frage der Entschuldbarkeit auch bei dem jetzigen Prozesse schon bei Anlass des Beweisentscheides vom Gericht in Erwägung zu ziehen ist. Das Dispositiv darüber ist dagegen immer mit dem Urteil zu verbinden und bildet im Falle der Appellation ebenfalls Gegenstand der oberinstanzlichen Beurteilung (vgl. Monatsbl. Bd. IV, p. 366, Zeitschr. des bern. Jur.-Ver., Bd. 38 p. 60 und 39 p. 274).

In der vorzeitigen Erlassung des Urteils über das Entschuldigungsgesuch der Klägerin liegt daher auch eine Formverletzung, welche auf dem Beschwerdeweg aufzuheben ist.

Dagegen liegt kein Grund vor, den Beweisentscheid selbst auch aufzuheben, da die allerdings auch für die Frage der Entschuldbarkeit wesentliche Behauptung des Eheversprechens zum Beweise ausgehoben ist und also auch Gegenstand des Gegenbeweises bilden wird."

17. Der Entscheid über die Zulassung einer Erläuterungsfrage an einen Zeugen kann nicht durch eine selbständige Beschwerde angefochten werden.

Appellations- und Kassationshof, 2. Abteil., 20. August 1907, Beschwerde des J. Fabrega.

Entscheidungsgründe:

„Wie der Appellations- und Kassationshof, I. Abteilung, in seinem Beschwerdeentscheid vom 7. März 1906 i. S. Elise Jossi (Zeitschr. des bern. Juristenvereins Bd. 42 pag. 628 f.) festgestellt hat, auf dessen zutreffende Motivierung kurzerhand verwiesen werden kann, ist der Entscheid über die Zulassung einer Erläuterungsfrage an einen Zeugen bezüglich seiner Anfechtbarkeit zu behandeln wie ein Beweisentscheid, somit eine (selbständige) Beschwerdeführung gegen denselben ausgeschlossen. Demgemäß ist auf die Beschwerde des Fabrega — da von der in dem zitierten Beschwerdeentscheid zum Ausdruck gelangten Rechtsauffassung vorliegend abzugehen nicht die geringste Veranlassung vorliegt — nicht einzutreten. Dass der mit der Beschwerde angefochtene Entscheid in einem Rogatorialverfahren getroffen worden ist, vermag hieran schon deshalb nichts zu ändern, weil der Prozess zwischen Nithardt frères und Jean Fabrega, in welchem das vorliegende Rogatorium zur Ausführung kommt, ja in Biel geführt und somit selbst unzweifelhaft vom bernischen Prozeßrecht beherrscht wird."

Digitized by Google

18. Verhandlung über den Erlass einer provisorischen Verfügung in den Gerichtsferien (§ 104 P.)

Begründung der Beschwerde nach § 89 P. gegen den Abschlag eines Terminsverschiebungsgesuches.

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 14. September 1907, Beschwerde des R. Jutzeler.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Nach § 104 P. bleibt das Verhör des Richters vom 1. Juli bis 31. August für alle Rechtssachen, welche nicht im wachsenden Schaden liegen, eingestellt. Der Richter ist demnach nicht befugt, einer Partei in einer Rechtssache einen Termin auf einen in diesen Zeitraum fallenden Tag zu bewilligen, es sei denn, dass es um eine Streitsache handelt, die *im wachsenden Schaden* liegt.

Vorliegend handelt es sich unbestrittenermaßen um einen Rechtstreit betreffend den Erlaß einer provisorischen Verfügung. Derartige Streitigkeiten liegen nun ihrer Natur nach regelmäßig in wachsendem Schaden, indem dieselben — wie sich aus § 307 P. ergibt — eben nur den Zweck haben, *bestehende* Verhältnisse, bis zur definitiven Erledigung der Hauptstreitfrage auf dem ordentlichen Prozeßwege, sicher zu stellen und demnach die Gefahr einer Veränderung des vorhandenen Status zum Nachteile und *Schaden* des Impetranten zu verhindern. Da nun selbstverständlicherweise die Gefahr und damit regelmäßig auch der drohende Schaden, der durch die provisorische Verfügung abgewendet werden soll, mit der Zeit stets wächst — denn sonst wäre der Erlaß einer provisorischen Verfügung überhaupt nicht begründet, — so gehören die Streitigkeiten um Erlass von provisorischen Verfügungen zu den Streitigkeiten, welche nach § 104 P. auch während der Gerichtsferein verhandelt werden können. Dies ergibt sich übrigens auch aus der Bestimmunng des § 103, wonach der Richter provisorische Verfügungen in besonders dringlichen Fällen sogar an *Sonn-* und *Festtagen* erlassen soll.

2. Nun ist allerdings richtig, dass vorliegend die Rechte des Impetranten und Beschwerdeführers durch den Erlaß einer superprovisorischen Verfügung nach § 308 P. letzter Satz sichergestellt waren; damit war aber der Rechtsstreit um den Erlaß der provisorischen Verfügung und demgemäß die bezügliche — an sich, wie ausgeführt, im wachsenden Schaden liegende — Rechtssache keineswegs erledigt, son-

Digitized by Google

dern mußte um so schneller eine Erledigung finden, als eben durch den richterlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Impetraten diesem regelmäßig ein Schaden zugefügt wird, der sehr oft um so grösser wird, je länger die superprovisorische Verfügung zu Recht besteht, so daß man es auch in diesem Falle immer noch mit einer Rechtssache zu tun hat, die im wachsenden Schaden liegt. Hieran ändert selbstverständlich auch der Umstand nichts, daß der durch die superprovisorische Verfügung in seinen Dispositionen gehinderte Impetrat unter Umständen für den ihm hieraus entstehenden Schaden von der Gegenpartei Ersatz verlangen kann. Denn dadurch, daß eventuell Schadensersatz verlangt werden kann, wird an sich die Entstehung und die Zunahme des Schadens in keiner Weise gehindert. Soweit der Beschwerdeführer seine Beschwerde also auf eine Verletzung des § 104 P. stützt, ist dieselbe deshalb unbegründet.

3. Nun beschwert sich aber der Beschwerdeführer auch darüber, daß eine von ihm unterm 18. Juli 1907 verlangte Terminsverschiebung vom beklagten Richter abschlägig beschieden worden sei. In dieser Beziehung ist vor allem aus festzustellen, daß der Richter nach § 87 P. im Prinzipe *verpflichtet* ist, darauf zu achten, daß die Prozeßverhandlungen nicht unnötig verzögert werden, und daß ihm nach § 88 P. nur *gestattet*, er also nicht verpflichtet ist, aus *zureichenden* Gründen die von ihm getroffenen Zeitbestimmungen zu verlängern. Dementsprechend involviert der Abschlag einer Terminsverschiebung nie eine Rechtsverweigerung im Sinne des § 362 P.; dagegen ist in der Tat gegen diesen Abschlag dem Interessenten in § 89 P. ein ausnahmsweises Beschwerderecht gegeben, vermittelst dessen er sein Verschiebungsgesuch der oberinstanzlichen Ueberprüfung unterstellen kann. Immerhin darf auch die Beschwerdeinstanz dem bezüglichen Begehren nur dann entsprechen, wenn *wirklich* entsprechend der Vorschrift des § 88 P. zureichende Gründe vorliegen, die Verhandlung über die *in Frage stehende* Streitsache zu verschieben.

Dießbezüglich ist nun zunächst angesichts des § 87 P. klar, daß die *längere* Abwesenheit eines Fürsprechers zum auswärtigen Kurgebrauche eine Verschiebung sämtlicher Geschäfte, in denen er von einer Partei mit ihrer Vertretung beauftragt worden ist, keineswegs rechtfertigt. Vielmehr ist eben in diesem Falle, wo der bisherige Anwalt tatsächlich verhindert ist, Prozeßverhandlungen mitzumachen, die Partei

Digitized by Google

— falls der bisherige Anwalt nicht selbst für seine Vertretung sorgt — verpflichtet, anderweitig für ihre Vertretung zu sorgen. Die Verschiebung einer Prozeßverhandlung wegen tatsächlicher Verhinderung des *bisherigen bevollmächtigten* Anwalts rechtfertigt sich vielmehr nur dann, wenn seine Verhinderung nur eine ganz vorübergehende ist und dadurch weder für die geordnete Justizpflege im allgemeinen noch auch für die in Frage stehende Prozeßsache hieraus irgend ein Nachteil entsteht; sowie wenn dieselbe notwendig erscheint, um dem bisherigen Bevollmächtigten oder der Partei die Möglichkeit zu geben, einen andern Prozeßvertreter beizuziehen. Daß der erste Fall nach dem Inhalte des dem beklagten Richter unterm 18. Juli 1907 eingereichten Verschiebungsgesuchs im Fragefalle nicht zutraf, ergibt sich schon daraus, daß Fürsprecher X darin seine Rückkehr nach Y erst für die zweite Hälfte August in Aussicht stellte und es sich zudem um die Verhandlung einer provisorischen Verfügung handelte, die ihrer Natur nach an sich — wie ausgeführt — eine rasche Erledigung erheischte und nur dank des Verhaltens der Parteianwälte, entgegen dem Sinn und Geiste des Civilprozeßgesetzes, bereits ein halbes Jahr rechtshängig war, ohne verhandelt, geschweige denn beurteilt zu werden.

Ebensowenig lag aber der zweite Fall vor, der unter Umständen eine Verschiebung des Termines rechtfertigte, denn die in Frage stehende Vorladung auf 23. Juli 1907 wurde bereits unterm 13. Juli dem Beschwerdeführer Jutzeler zugestellt, so daß diesem, sowie seinem bisherigen Anwalt hinlänglich Zeit blieb, um, falls letzterer am Erscheinen verhindert war, für eine anderweitige Prozeßvertretung zu sorgen. . . ."

19. „Unverträglicher Widerspruch" zwischen 2 Strafurteilen im Sinne des Art. 502, Ziff. 4 St. V. liegt nicht vor, wenn ein späteres Urteil in seinen Motiven den bereits dem ersten Urteil zu Grunde liegenden Thatbestand juristisch anders würdigt.

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 14. Sept. 1907, Revisionsgesuch des E. L. Frey.

Entscheidungsgründe:

„Aus den Motiven des Urteils des korrektionellen Gerichts von Biel vom 24. Dezember 1906 geht hervor, daß

Digitized by Google

die Freisprechung des Philipp Hauri von der Anschuldigung auf Mißhandlung des Emil Leopold Frey und die Verurteilung des letztern wegen Thätlichkeiten gegenüber jenem in der Annahme erfolgte, daß Hauri in Ausübung und ohne Ueberschreitung der ihm als Wirt nach § 27 des Gesetzes über das Wirtschaftswesen vom 15. Juli 1894 zustehenden Polizeigewalt, also in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt habe, während der aktive und passive Widerstand, den Frey den Anordnungen des Hauri entgegensetzte, sich als ein rechtswidriger darstelle. Entgegen dieser Auffassung hat die Polizeikammer in ihrem Urteil vom 17. April 1907 nach Richtigstellung des aktenmäßigen Tatbestandes angenommen, daß Wirt Hauri bei fraglichem Anlaße nicht eingegriffen habe, um Ordnung zu schaffen, sondern um den Frey zu züchtigen. Er müsse daher selber als Streitender und sein Angriff auf die körperliche Integrität des Frey als ein widerrechtlicher und strafbarer angesehen werden. Mit dieser Auffassung steht die der Verurteilung des Frey zugrunde liegende Argumentation des korrektionellen Gerichts von Biel allerdings im Widerspruch. Dennoch aber treffen die Voraussetzungen des vom Impetranten angerufenen Revisionsgrundes in casu nicht zu.

Aus dem Wesen des ausserordentlichen Rechtsmittels der Revision ergibt sich nämlich ohne Weiteres, daß der Revisionsgrund der Ziffer 4 des Art. 502 Str.V. nicht überall da gegeben ist, wo ein späteres Strafurteil in irgend einer Richtung mit einem frühern in Widerspruch tritt. Eine Interpretation in diesem Sinne, die nach dem allgemein gehaltenen, unpräzisen Wortlaute des bernischen Gesetzes wohl denkbar wäre, müßte ja dazu führen, daß jede Aenderung in der rechtlichen Anschauung eines Gerichts, derart, daß gleiche oder analoge Tatbestände nach dieser Aenderung eine andere Beurteilung erfahren würden, als frühere, einen Revisionsgrund abgeben müßte, was unmöglich im Sinne des Gesetzes sein kann.

Der Appellations- und Kassationshof hat denn auch in seinem Entscheide i. S. Alexander Fuchser und Mithafte vom 13. März 1896 (Monatblatt Bd. XIII pag. 128) die fragliche Bestimmung dahin eingeschränkt, daß ein „unverträglicher Widerspruch“ zwischen 2 Strafurteilen im Sinne von Art. 502 Ziffer 4 nicht schon dann vorliege, „wenn nur analoge, aber zeitlich oder örtlich auseinanderliegende Handlungen in Folge verschiedener in der Tat miteinander im Widerspruch ste-

Digitized by Google

hender rechtlicher Erwägungen in beiden Urteilen verschieden beurteilt worden sind". Eine weitere Ausscheidung zu treffen, hatte der Gerichtshof damals keine Veranlassung.

Allein mit Bezug auf den heute zu beurteilenden Fall ist nötig, noch weitergehend festzustellen, daß *überhaupt* ein Widerspruch in der *rechtlichen Beurteilung* — auch ein und derselben Handlung — und nur ein solcher Widerspruch liegt in casu vor, nie Anlaß zu einer Revision bieten kann. Denn das Rechtsmittel zu einer Revision, wie es in Art. 502 ff. Str. V. geordnet ist, kann nicht den Zweck haben, Remedur gegen *juristische Irrtümer* zu schaffen. Das ergiebt sich aus dem ganzen Charakter des Instituts und zudem auch aus den Ziffern 1—3 des Art. 502 und aus Art. 509 Str. V., wo überall *neue Tatbestandsmomente* als gegeben vorausgesetzt werden. Die Revision verfolgt vielmehr lediglich den Zweck, den dem Urteil zugrunde liegenden *Tatbestand* gestützt auf neue Beweisstücke zu korrigieren und auf Grund des derart inhaltlich modifizierten Tatbestandes eine neue Beurteilung der Strafsache herbeizuführen.

Dadurch nun, daß ein späteres Urteil in seinen Motiven den bereits dem ersten Urteil zugrunde liegenden Tatbestand juristisch anders würdigt, wird an diesem selbst nichts geändert. Das Revisionsgericht hätte also sein neues Urteil gestützt auf ganz das nämliche Tatsachenmaterial auszufällen, das ihm schon beim ersten Urteile vorgelegen hat. Daß *dies* auf dem Wege der Revision nicht verlangt werden kann, ist nach dem Ausgeführten klar.

Eine Interpretation der in Frage stehenden Gesetzesbestimmung derart, daß auch bei bloßem Widerspruch in der *rechtlichen Würdigung eines Tatbestandes* die Revision verlangt werden könne, müßte denn auch zu einer höchst seltsamen Konsequenz führen. Wenn nämlich, wie im vorliegenden Falle, zwei verschiedene Gerichte zu dieser Würdigung berufen sind und zu einem von einander abweichenden Resultate gelangen, so müßte zunächst das früher erlassene Urteil auf dem Revisionswege aufgehoben werden; dann aber, wenn bei der neuen Verhandlung das kompetente Gericht, das ja über den *ganz gleichen Thatbestand* urteilen müßte, wie anläßlich der Ausfällung des aufgehobenen Urteils, zum nämlichen Resultate, wie früher, käme und demgemäß ein mit dem früheren identisches Urteil ausfällen würde, dann müßte nun auch das ursprünglich spätere

Digitized by Google

Urteil, das den Revisionsgrund gebildet hatte, neuerdings auf dem Revisionswege aufgehoben werden, weil seine Motive mit denjenigen des neuen, revidierten Urteils im Widerspruch stehen würden.

Diese Konsequenz kann aber der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben."

Aus der Rechtsprechung des soloth. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

---

9. Prinzipielle Erörterung der Arten des Faustpfandes. — Die Versicherungspolice ist kein Inhaberpapier. — Verpfändung der Police erfolgt nach Art. 215 O. R. — Die Weiterverpfändung bedarf der Einwilligung des Gläubigers der Forderung.

1. F. O. Baumann von Thun, Fabrikant in Solothurn, hatte am 29. Januar 1890 bei der Basler Lebensversicherungsgesellschaft in Basel die Lebensversicherungspolice N° 52943 errichtet. Die Versicherungssumme von Fr. 10,000 war nach Ablauf von 31 Jahren oder bei früher eintretendem Tode des Versicherungsnehmers zu bezahlen. Am 18. Januar 1900 sprach das Amtsgericht von Solothurn-Lebern gegen Baumann die Konkurseröffnung aus. Am 19. Mai 1900 wurde die Police für die Konkursmasse versteigert und von der Klägerin, der Ehefrau des Gemeinschuldners, erworben. Diese zog bald darauf mit ihren Kindern in den Heimatkanton Bern.

Am 12. Oktober 1900 schloß die Klägerin mit der Firma „Witwe Jean Kiefer & Comp." in Solothurn einen Vertrag ab betreffend Einrichtung und Uebernahme einer Art Zweiggeschäft der Firma in Langenthal und gab in diesem Vertrag für ihre daraus resultierenden Verpflichtungen die Police als Faustpfand dar.

Am 4. März 1902 starb F. O. Baumann. Zwischen der Klägerin und der Firma „Witwe Jean Kiefer & Comp." herrschte Streit, an wen die Versicherungssumme zu zahlen sei; die Versicherungsgesellschaft hinterlegte dieselbe daher am 18. Juni 1902 bei der Gerichtsschreiberei Bern.

Auf Grund des Pfandverschreibungsaktes vom 12. Oktober 1900 klagte die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. am 12. Januar 1903 beim Richteramt Solothurn-Lebern gegen Frau Baumann und die Bâloise, diese hätten anzu-

Digitized by Google

erkennen, daß sie an der Police Pfandrecht besitze und die Versicherungssumme an sie auszuzahlen sei. Frau Baumann erhob die Einrede des mangelnden Gerichtsstandes, welche am 12. August 1903 vom Obergericht des Kantons Solothurn gutgeheissen wurde.

Witwe Jean Kiefer & Comp. setzten den Prozeß gegen Frau Baumann nicht beim Richter ihres Wohnorts fort. Sie verpfändeten die Police einfach weiter. Im Kreditschein vom 19. Juli 1899 per Fr. 40,000 gaben sie durch Nachtrag vom 19. Juli 1901 die ihr verpfändete, mit der Blankounterschrift der Klägerin versehene Police den Beklagten Henzi & Kully als Faustpfand dar. Mit Schreiben vom 16. November 1901 haben letztere der Bâloise von der Verpfändung Kenntnis gegeben.

Unterm 18. November 1901 schrieb die Bâloise den Beklagten, daß zur Weiterpfändung der Police durch die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. an sie die schriftliche Genehmigung der Frau Baumann als Eigentümerin der Police erforderlich sei und sie erst nach dieser Genehmigung vom Pfandrecht der Beklagten Vormerkung nehmen werde. Laut Schreiben der Bâloise an den Anwalt der Klägerin vom 15. März 1906 ist diese Einwilligung der Bâloise nie zugekommen.

2. Um die Gültigkeit dieser Faustpfandbestellung vom 19. Juli 1901 dreht sich der hierortige Prozeß, welcher folgendermaßen veranlaßt wurde:

Am 7. November 1905 wirkten beim Betreibungsamt Solothurn Henzi & Kully gegen Witwe Jean Kiefer & Comp. einen Zahlungsbefehl auf Pfandverwertung der Police aus und stellten am 16. Dezember 1905 das Verwertungsbegehren. Die Versteigerung des Pfandes wurde vom Betreibungsamt auf den 13. Januar 1906 angesetzt. Am 23. Dezember 1905 teilte das Betreibungsamt Solothurn der Klägerin, Frau Baumann, die Abschrift des Zahlungsbefehls, das Verwertungsbegehren und die Ansetzung der Pfandsteigerung mit. Frau Baumann erhob am 3. Januar 1906 mündlich und am 20. gleichen Monats schriftlich beim Richteramt Solothurn-Lebern gegen Henzi & Kully die vorliegende Klage.

3. Von der Klägerin wird die Verpfändung zu Gunsten der Beklagten von zwei Gesichtspunkten aus angefochten; einmal sei der Pfandvertrag vom 12. Oktober 1900 ungültig, und es habe daher die Firma Witwe Jean Kiefer

Digitized by Google

& Comp. ein Recht irgendwelcher weiterer Verfügung über die Police überhaupt nicht gehabt; zum andern aber sei die Weiterverpfändung durch den Pfandgläubiger, Witwe Jean Kiefer & Comp., vom 19. Juli 1901 unstatthaft und unwirksam, die Verpfändung einer Forderung durch eine andere Person als den Forderungsberechtigten gebe kein Recht und zudem fehle der Afterverpfändung z. G. der Beklagten die in Art. 215 O. R. vorgeschriebene Form.

Der Standpunkt der Beklagten ist folgender: Im Kreditschein vom 19. Juli 1899 sei durch Nachtrag vom 19. Juli 1901 die Police von der Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. zu Gunsten der Beklagten schriftlich als Faustpfand bestellt, ihnen gleichzeitig mit der Blankounterschrift der Klägerin versehen übergeben worden und habe sich seither ununterbrochen im Besitze der Beklagten befunden; die Bâloise als Schuldnerin der verpfändeten Forderung sei von den Beklagten mit Schreiben vom 16. November 1901 von der erfolgten Verpfändung in Kenntnis gesetzt worden. Die Faustpfandbestellung zu ihren Gunsten genüge also allen gesetzlichen Erfordernissen. Die Beklagten hätten sich nicht darum zu kümmern gehabt, ob die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. die Einwilligung der Frau Baumann zur Weiterverpfändung besitze. Es sei Sache der Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. gewesen, die Einwilligung der Verpfänderin einzuholen. Die Beklagten hätten deshalb vom Antwortschreiben der Versicherungsgesellschaft vom 18. November 1901 auf ihre Verpfändungsanzeige vom 16. gleichen Monats ihren Verpfändern, Witwe Jean Kiefer & Comp Kenntnis gegeben.

Uebrigens sei die Blankounterschrift der Klägerin auf der Police Beleg für die Einwilligung zur Afterverpfändung. Gerade dazu, daß Witwe Jean Kiefer & Comp. die Police zu Kreditzwecken nutzbar machen konnten, sei sie ihnen von der Klägerin mit ihrer Blankounterschrift versehen übergeben worden.

4. Die Frage, ob der Vertrag vom 12. Oktober 1900 und die Verpfändung der Police zu Gunsten der Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. als gültig zu betrachten seien oder nicht, beurteilt sich nach bernischem Recht. Das solothurnische Obergericht hat sie nicht entschieden, weil es im schweizerischen Obligationenrecht genügend Anhalt zum Schutz der Klage gefunden hat.

5. Zur Beurteilung der Rechtsgültigkeit der Weiter-

Digitized by Google

verpfändung ist es zweckmäßig, eine grundsätzliche Betrachtung über die unter der Ueberschrift „Faustpfandrecht" stehenden Art. 210/223 O. R. anzustellen.

Als Gegenstand des Faustpfandrechtes werden hier erklärt *bewegliche Sachen* und die diesen gleichgestellten *Inhaberpapiere*, dann *indossable Papiere* und schließlich „*andere*" *Forderungen*. In Bezug auf jeden genannten Gegenstand des Faustpfandrechtes wird die Form der Bestellung des Rechtes bestimmt: bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren genügt die Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger oder an einen Stellvertreter desselben (Art. 210); bei indossablen Papieren ist die Indossierung und Uebergabe des Papiers an den Faustpfandgläubiger erforderlich (Art. 214); zur Verpfändung einer andern Forderung ist dreierlei notwendig: Benachrichtigung des Schuldners, Uebergabe eines vorhandenen Schuldscheines an den Pfandgläubiger, und schriftliche Beurkundung (Art. 215).

Die Verpfändung der an Inhaberpapiere geknüpften Forderungen findet also wie diejenige der beweglichen Sachen in *sachenrechtlichen Formen* statt; das Pfandrecht wird in Wahrheit an der Urkunde selbst bestellt. Gegenstand des Pfandrechtes ist das Papier, die Urkunde. Eine Folge davon ist, daß auch bezüglich des *Pfanderwerbes* an Inhaberpapieren wie an beweglichen Sachen die sachenrechtliche Regel „*Hand wahre Hand*" im gleichen Umfange, wie für den Eigentumserwerb, gilt. Im allgemeinen heißt dieses dem deutschen Privatrechte angehörende Prinzip, daß, wer eine Fahrnissache freiwillig aus seiner Gewere gelassen hat, durch Verpfändung, durch Ausleihen, durch Hinterlegung und dgl., damit das Recht aufgegeben hat, sie bei einem Dritten zu vindizieren, gleichviel, ob sie dem Vertrauensmanne (Pfandgläubiger etc.) durch Diebstahl oder sonst widerwillig abhanden gekommen ist, oder ob er sie unter Mißbrauch des ihm geschenkten Vertrauens selbst veräußert hat (vgl. Heusler, Inst. des deutschen Privatrechts Bd. II, pag. 212).

Auf unsern Fall angewendet bedeutet die ganze Rechtsregel: Derjenige, der seine bewegliche Sache oder sein Inhaberpapier einem andern übergeben hat, kann nur seinen Kontrahenten in Anspruch nehmen, wenn der Kontrahent die Sache oder das Papier unberechtigter Weise verpfändet hat; denn der gutgläubige Empfänger erwirbt Faustpfandrecht. Dies spricht wie Art. 205 es für den Eigentumserwerb

Digitized by Google

statuiert, Art. 213 für den Erwerb des Pfandrechtes aus unter Vorbehalt der Bestimmungen über verlorene und gestohlene Sachen.

Auch die Verpfändung von *indossablen* Papieren geschieht durch Uebergabe des Papiers an den Faustpfandgläubiger; immerhin tritt hier zu derselben das Indossament, mit welchem das Papier zu versehen ist, hinzu. Das Pfandrecht entsteht aber auch hier am Papier; dieses ist Gegenstand des Pfandrechts.

Wertpapiere, Schuldurkunden aber, welche weder zu den Inhaberpapieren noch zu den indossablen Papieren gehören, können nicht Gegenstand des Pfandrechts sein. Die Uebergabe der Schuldurkunde erfolgt nach Art. 215 nur als Mittel zur Begründung des Pfandrechts an einer Forderung. Das Pfandrecht wird nach Art. 215 nicht am Papier selbst, sondern an der darin beurkundeten Forderung konstituiert.

Deshalb aber ist hier die Regel „Hand wahre Hand" ausgeschlossen. Für den Erwerb des Gläubigerrechts und des Pfandrechts an Forderungen, welche nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes übertragen werden, kann jene sachenrechtliche Regel nicht Platz greifen. Hier ist das Eigentum an der Schuldurkunde vom *Gläubiger* abhängig und kann die Schuldurkunde nicht selbständig Gegenstand von dinglichen Rechten (Eigentum, Pfandrecht etc.) sein. Solche Forderungen kann nur der wahre *Gläubiger*, d. h. der ursprüngliche Gläubiger, oder wer die Forderung durch eine ununterbrochene Reihe rechtsgültiger Uebertragungsakte von dem ursprünglichen Gläubiger erworben hat verpfänden. (Siehe Hafner in der Z. für Schweiz. Recht N. F. VII, pag. 89—91.)

6. Nach dieser prinzipiellen Erörterung ist zu untersuchen, welcher Art in concreto das Pfand ist und welche Vorschriften darnach für die Weiterverpfändung gelten und ob dieselben erfüllt seien.

Die fragliche Police ist kein Inhaberpapier im Sinne von Art. 846 O. R., zum mindesten kein vollkommenes Inhaberpapier.

Art. 11 Abs, 2 der Police lautet:

„Ist in der Police eine bestimmte Person als empfangs-
„berechtigt namhaft gemacht, so zahlt die Gesellschaft nur
„an diese. In allen übrigen Fällen, sowie auch wenn der
„Tod jener namhaft gemachten Person nachgewiesen wird,
„erfolgt die Zahlung an den Präsentanten der Police, welcher

Digitized by Google

„als Empfangsberechtigter oder zur Annahme der Ver„sicherungssumme bevollmächtigt angesehen wird. Die Ge„sellschaft ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, den Nach„weis der Legitimation des Präsentanten zu fordern und, „wenn dieser nicht vollständig geführt wird, Zahlung zu „verweigern ohne dadurch zur Deponierung des zu zahlen„den Kapitals oder zur Entrichtung von Verzugszinsen ver„pflichtet zu werden."

Das Obergericht Zürich sagt in einer ähnlichen Frage: „Es ist allerdings richtig, daß eine Anzahl Gesell„schaften sich der Pflicht entschlagen, die Legitimation des „die Erfüllung der Forderung Begehrenden näher zu prüfen „und deshalb jeden Inhaber nach dem Tode des Versicherten „als Berechtigten anerkennen, ähnlich wie verschiedene „Sparkassen bezüglich der Sparkassenhefte verfahren. Allein „damit werden weder die Policen noch die Sparkassenhefte „zu Wertpapieren oder gar Inhaberpapieren; es ist gar „nicht ihre Bestimmung, Zirkulationspapier zu sein, so sehr „auch in gewissen Kreisen die Policen von Hand zu Hand „gehen mögen." (H. R. E. VIII, pag. 367.)

Die Police fällt vielmehr unter Art. 215. Es folgt aber daraus: Die Weiterverpfändung konnte nur durch den Gläubiger, die Klägerin, in der Form des Art. 215 geschehen, durch die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. nur, wenn sie die Police durch einen rechtsgültigen Uebertragungsakt von der Klägerin zu Gläubigerrecht erworben hat.

7. Hier ist nun die Bedeutung der auf dem Original der Police angebrachten Blankounterschrift der Klägerin festzustellen.

Es ist in den Akten davon die Rede, diese Blankounterschrift bedeute eine Cession, eine Blankocession. Wenn sie das wäre, dann wäre die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp., welche bisher laut Vertrag vom 12. Oktober 1900 die Police als Faustpfand besaß, Gläubigerin der Police geworden und hätte sie den Beklagten verpfänden können. Es handelt sich aber nach der eigenen Angabe der Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. nicht um eine Cession, sondern um eine Faustpfanddargabe. In ihrem Schreiben vom 19. Juli 1901 an die Bâloise sagt sie, daß die Police „est légalement déposée entre nos mains comme garantie d'une somme de 10,000 Frs." So sagt die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. zu einer Zeit, wo unzweifelhaft die Blankounterschrift schon auf der Police stand; sie sollte einfach

Digitized by Google

eine Bestätigung der Faustpfandverschreibung im Vertrage vom 12. Oktober 1900 sein. Auch die Bâloise spricht in ihrem Antwortschreiben vom 20. Juli 1901 nur von einer „faustpfändlichen Abtretung" der Police an die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. und der Zeugenbeweis bestätigt, daß nur eine Faustpfanddargabe sattgefunden habe, mit dem Beifügen, daß allerdings im Februar 1902 die Firma Kiefer sich um eine Cession bemüht und der Baumann einen Entwurf vorgelegt, die Klägerin aber ihre Einwilligung versagt habe. Daraus geht mit aller Deutlichkeit hervor, daß trotz der Blankounterschrift auf der Police beide Parteien nur eine Faustpfanddargabe, nicht eine Cession, annahmen.

Es steht also fest, daß die Firma Witwe Jean Kiefer & Comp. die Police nur als Faustpfand besaß. Als Faustpfandgläubigerin konnte aber genannte Firma die Police nicht an die Beklagten weiterverpfänden. Die tatsächlich erfolgte Weiterverpfändung gab den Beklagten kein Recht.

Die Weiterverpfändung hätte *durch die Klägerin selbst* geschehen müssen und zwar in den Formen des Art. 215. Dies ist aber nicht geschehen (es fehlt die schriftliche Beurkundung) und es steht deshalb den Beklagten an der Police oder an deren Gegenwert weder Pfandrecht noch Anspruch auf betreibungsrechtliche Liquidation zu.

14. März 1907.

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

Rechtliche Natur des Familienfideikommisses nach luzernischem Recht. (Schluß.)

Gegen diesen Verkauf des Hrn. Oberst *Walter am Rhyn* vom 10. Mai 1899 an Hrn. Konsul *E. von Hesse-Wartegg* stellte nun Walter am Rhyn, seit dem im Frühjahr 1904 erfolgten Tode des Hrn. Oberst Walter am Rhyn, als ältester Sohn Inhaber des Fideikommisses Tribschen geworden, sowohl bezüglich des lt. Bewilligung des Regierungsrates von 1872 dem Verkäufer eigentümlich zugeteilten Terrains, als auch ganz besonders wegen der in diesem Verkaufe vor 1899 auf das ganze, dem Oberst am Rhyn nicht persönlich gehörige Fideikommiß gemachte Servitutsbestellung, die *Revokatorienklage* an, unterlag aber mit derselben sowohl hin-

Digitized by Google

sichtlich der dem Hrn. Oberst am Rhyn regierungsrätlich 1872 als Allodium gestatteten Parzelle, als auch bezüglich der Servitutsbestellung sowohl erst- als zweitinstanzlich vollständig. Für diesen Entscheid kann sicher nicht allein maßgebend sein die oben angeführte, im Jahr 1872 vom Regierungsrat erteilte, stark verklausulierte und daher rechtlich nicht sehr ins Gewicht fallende Bewilligung an Hrn. Oberst am Rhyn zur allodialen Benutzung einer kleinen Parzelle Fideikommißland. Immerhin ist hier ein Ausgangs- oder Anhaltspunkt für die ganze Behandlung der Sache zu finden. Laut Bescheinigung der Kanzlei des Staatsarchivs Luzern lag 1872 für die Bewilligung an Oberst Walter am Rhyn, das neu erbaute Haus in Tribschen vom Fideikommiß zu trennen, die Zustimmung des Armen- und Waisenrates von Luzern als Vormundschaftsbehörde für die minderjährigen Prätendenten auf das Fideikommiß bei den Akten vor (1872, 12. Februar).

Die Archivkanzlei erklärte dagegen, daß eine Zustimmung der Söhne von Oberst W. am Rhyn zum Landverkauf auf der Liegenschaft Tribschen *(1894,* 11. Juli) bei den ans Archiv abgelieferten Akten sich *nicht* vorfindet.

Es wird nun, wie schon die I. Instanz ausführte, richtig sein, daß bei Umänderungen von Fideikommissen in der Mehrzahl der Fälle die Zustimmung der *Agnaten* vorlag, es ist nun aber nirgends, weder durch ein Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht bestimmt, daß die obrigkeitliche Genehmigung nur unter dieser ausdrücklichen Voraussetzung stattgefunden resp. sich an dieselbe gebunden erachtet habe. Unter diesen Umständen wird daher vorliegend nichts anderes übrig bleiben, als den Entscheid des Regierungsrates vom *11. Juli 1894* zur Basis der Beurteilung auch vorliegenden Rechtsstreites anzunehmen.

In diesem Akt vom *11. Juli 1894* ist anläßlich des Verkaufs einer *wertvollen* und verhältnismäßig *größern* Parzelle Fideikommißland zuerst die Kompetenz des Regierungsrates, speziell auch unter Hinweis auf die Ausführung des städtischen Bauplanes zu begründen versucht worden.

Dieser Verkauf von Hrn. Oberst am Rhyn an Hrn. Reg.-Rat Dr. v. Schumacher von 1894 (eine Hektare Fideikommißlandes betreffend) steht wirklich in der Geschichte des luzern. Fideikommißrechts *einzig* da. Ganz abgesehen von der außerordentlich wertvollen Lage dieses Fideikommisses Tribschen trifft in dieser Erkenntnis von 1894 die Begründung

Digitized by Google

der Kompetenz des Regierungsrates aus dem Schwytzerschen Präzedenzfall von 1810, der übrigens nicht prozedürlich gemacht wurde, schon deshalb nicht zu, weil *1810* in verfassungsrechtlicher Hinsicht die Stellung des *Kleinen Rats* eine ganz andere war als die des gegenwärtigen *Regierungsrates.*

Durch die Regierungserkenntnis von 1872 wurde aber ein doppelt kleinerer Komplex Fideikommißlandes nicht der *Familie* und den *Fideikommißzwecken* dauernd *entfremdet,* sondern dem gegenwärtigen Fideikommißbesitzer allerdings gewissermaßen als *Allodium* zugeschieden mit der ausdrücklichen Auflage, *Fr. 2500* in währschaften Wertschriften zu deponieren mit der Verpflichtung, daß daraus s. Z. für das Fideikommißgut günstig gelegenes Land angekauft werde.

Das Obergericht mußte aber gleichwohl in vorliegendem Falle davon ausgehen, daß, wenn einmal die Kompetenz des Regierungsrates, wie sie im Entscheid von *1894* festgestellt war, unbeanstandet geblieben und eine Konfliktbeschwerde an den Großen Rat nicht stattgefunden, der Verkauf von Oberst Walter am Rhyn an E. von Hesse-Wartegg vom 10. Mai 1899, der eine zirka die Hälfte kleinere Parzelle Fideikommißlandes betraf, als 1894 veräußert worden, mit Rücksicht auf die an und für sich allerdings kein neues Recht schaffende Regierungserkenntnis von 1872 im Rechten nicht beanstandet werden konnte.

Durch die Regierungserkenntnis vom 11. Juli 1894 (Verkauf an Hrn. Reg.-Rat Dr. v. Schumacher) war aber das bisherige Fideikommißrecht wesentlich verändert und der Regierungsrat faktisch nicht nur für *„geringe Veränderung an Fideikommissen“* (Formel der Regierungs-Erkenntnis vom 19. Februar 1872), sondern auch für *sehr wertvolle Alienationen* als kompetente Behörde bezeichnet, wenn auch die bezügliche Formel vom 19. Februar 1902 in der regierungsrätlichen Erkenntnis vom 11. Juli 1894 bloß dahin abgeändert wurde, die regierungsrätliche Erlaubnis sei unter der Bedingung zu erteilen, resp. bis anhin erteilt worden, daß *„nicht eine ganz wesentliche Umänderung des Fideikommisses herbeigeführt werde“.*

An Stelle der positiven Bezeichnung der *„geringen“* (1872) wurde die negative der nicht *„ganz wesentlichen“* Veränderung gesetzt. Dieser Entscheid der Regierung von 1894 verdient demnach eine um so größere Beachtung als er neben der juristischen Qualifikation und der auch in der

Digitized by Google

regierungsrätlichen Motivierung angegebenen Bedeutung für die bauliche Entwicklung der Stadt Luzern auch noch den Abschluß einer rechtshistorischen Entwicklung bildet.

Ph. A. v. Segesser sieht nämlich im Institut der Fideikommisse, wie sich dasselbe in Luzern ausgebildet, einen der wesentlichsten Gründe der raschen Zersetzung des luzernischen Patriziats. In seinen Erinnerungen, katholische Schweizerblätter, 6. Jahrg., 1890, sagt *v. Segesser*, Seite 67: „Statt der Institute, welche in andern Schweizerstädten vorhanden waren, um verarmten Patrizierfamilien wieder aufzuhelfen, hatte man in Luzern die Fideikommisse und Majorate, die jeweilen einem Familienglied den Wohlstand sicherten, ohne ihm Verpflichtungen gegen die andern aufzulegen. Dadurch trat in diesen das drückende Gefühl ungleicher Lebensstellung umsomehr hervor, und darin lag ein Grund der raschen Zersetzung dieses Patriziats, nachdem ihm einmal der politische Lebensfaden abgeschnitten war."

Der Standpunkt, den dagegen der Ortsbürgerrat der Stadt Luzern in der Frage der Fideikommisse einnimmt, wird am besten durch ein Schreiben dieser Behörde an den Regierungsrat in Sachen des Fideikommisses Meyer von Schauensee beurkundet. Darin heißt es: „Der Ortsbürgerrat hatte schon zu wiederholten Malen Gelegenheit, Ihnen gegenüber seine Ansicht über derartige Gesuche zu äußern. Wir verweisen auf unsere Vernehmlassung vom 13. Juli 1903 in Sachen desselben Fideikommisses, ferner auf unsere Eingaben anläßlich der Landverkäufe vom Amryhn'schen Fideikommiß. Immer wurde hierorts daran festgehalten, es liege im Wesen des Fideikommisses, daß dasselbe, wie es gestiftet, in seinem ganzen Umfange stets intakt erhalten bleibe und dergestalt von einem Nutznießer auf den andern übergehe. Wir haben stets betont, daß wir Umwandlungen von liegendem in fahrendes Fideikommißvermögen, *Vergültungen* der Fideikommißhäuser, etc., als nicht statthaft erachten, weil dadurch eine Verminderung bezw. eine Schwächung des ursprünglichen Bestandes eintrete, welch beides mit den Intentionen des Fideikommißerrichters sich unmöglich decke."

Das Schreiben des Ortsbürgerrates an den Regierungsrat schließt mit der Bemerkung: „Mit Rücksicht auf den Umstand einerseits, daß ein durch § 443 B. G. B. in Aussicht genommenes Gesetz über die Fideikommisse noch nicht existiert und es also bis zur Stunde an bestimmten Direktionen hinsichtlich dieser Materie fehlt, und die Tatsache

Digitized by Google

andererseits, daß Ihre h. Behörde sich stetsfort im Gegensatz zu dieser unserer Ansicht befunden und jeweilen auch *entgegen* unseren Gutachten entschieden hat, haben wir keine Veranlassung, dem vorliegenden Gesuch direkt zu opponieren, sondern überlassen den Entscheid Ihrem Gutfinden. Immerhin halten wir dafür, daß strengrechtlich nicht nur die Abstämmlinge des derzeitigen Fideikommißinhabers, sondern auch die übrigen Agnaten der Familie Meyer von Schauensee ihre Zustimmung hätten geben sollen.

Um aber zu zeigen, daß unsere stadtluzernischen Behörden diese streng *konservativen* Anschauungen über die Unteilbarkeit des *Familienvermögens* nicht konsequent durchführen, teilen wir im Zusammenhang mit dieser Fideikommißfrage einen Entscheid des Stadtrates (unterzeichnet und wohl auch verfaßt, wie der oben mitgeteilte des Ortsbürgerrats, von dem beidseitigen Präsidenten Dr. H. Heller) betreffend die Hallengräber der Familie Meyer von Schauensee, datiert den 15. Oktober 1903, mit. Darin wird gesagt, daß weder im Gesetz, noch in einer Verordnung der gegenwärtige Zustand, wonach Hallengräber auf den Namen einer *Familie* in der Gräberkontrolle eingetragen seien, seine Begründung habe, daß vielmehr die Hallengräber, resp. Benutzungsrechte einen Vermögenswert haben und daher wie alle *andern Vermögenstücke* (sic) einer Teilung unterworfen seien. Der Ortsbürgerrat gieng in einem einzelnen Fall sogar so weit, für *illegitime* Familienglieder das Miteigentum, resp. die Teilung von Familiengräbern zu verlangen und sein Vertreter stellte in den diesfalsigen Rechtsschriften (Replik ad. G. ad. 1) noch ausdrücklich den Satz auf, diese Rechtsfrage (Miteigentum an Familiengräbern) sei nach den Grundsätzen des luz. Erbrechts und den Prinzipien der Nachfolge in *fideikommissarische Güter* zu beurteilen.

Wir wollten diese Fälle hier zum Schlusse noch zur Kenntnis bringen, um zu zeigen, daß in der schwierigen Frage des *Familieneigentums* auch unsere städtischen Behörden, bei denen doch solche Fälle besonders häufig vorkommen, sich nicht zu einer einheitlichen, konsequenten Anschauung durchgerungen haben. (Obergericht 8. Februar 1908, Walter am Rhyn c. Frau Minnie von Hesse-Wartegg geb. Hauck.)

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **6. Heft** **Juni 1908**

Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze und Verordnungen durch den Richter nach bernischem Recht.

Gutachten im Auftrage der Justizdirektion des Kanton Bern
verfasst von Prof. Dr. *W. Burckhardt.*

(Schluß.)

2. Die Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit der Verordnungen.

A. Die formelle Verfassungs- und Gesetzmässigkeit.

Die Frage, ob eine Verordnung in den zu ihrer Gültigkeit erforderlichen Formen erlassen worden sei, wird in der Praxis kaum Schwierigkeiten machen, weil die Formen sehr einfach sind. Damit eine Verordnung gültig sei, bedarf es nur, dass sie vom Regierungsrat mit Mehrheit der anwesenden Mitglieder und bei Anwesenheit der Mehrheit der Mitglieder beschlossen worden sei (§ 6 und 16 des Geschäftsreglements für den Regierungsrat vom 27. April 1899).

Zu ihrer Verbindlichkeit bedarf sie ausserdem noch der Publikation.

Digitized by Google

Aus ähnlichen Gründen wie bei der materiellen Gesetzmässigkeit der Verordnungen und in Uebereinstimmung mit der grossen Zahl der Schriftsteller bin ich der Ansicht, dass den Gerichten die Prüfung der formellen Gesetzmässigkeit (und Verfassungsmässigkeit) der Verordnungen zukommt.

B. Die materielle Verfassungs- und Gesetzmässigkeit.

Die Verordnungen der Regierung sind entweder Rechtsverordnungen oder Verwaltungsverordnungen.

Rechsverordnungen sind Verordnungen, die einen Rechtssatz, d. h. eine allgemein verbindliche Regel, aufstellen, Verwaltungsverordnungen solche, die Befehle an die Verwaltungsbehörden enthalten, deren verpflichtende Kraft also nicht über den staatlichen Verwaltungsorganismus hinausreicht. Verwaltungsverordnungen sind z. B. Verordnungen über die Organisation und den Geschäftsgang der Behörden; Rechtsverordnungen z. B. von der Regierung erlassene Verordnungen über die Gewerbepolizei oder über die Erfüllung der Steuerpflicht u. ä.

Nach der herrschenden Lehre bedürfen Verwaltungsverordnungen keiner besondern Ermächtigung des Gesetzgebers, wohl aber Rechtsverordnungen; Verwaltungsverordnungen wären also nur verfassungs- oder gesetzeswidrig, wenn sie zum geltenden Verfassungs- oder Gesetzesrecht in Widerspruch treten, nicht aber, wenn sie ohne besondere Ermächtigung erlassen würden. Rechtsverordnungen wären dagegen auch im zweiten Falle ungültig.

Da die Gerichte kaum in den Fall kommen, andere Verordnungen anzuwenden, als solche die allgemein verbindliche Rechtsätze enthalten, braucht nicht untersucht zu werden, ob die Gerichte die Gesetzmässigkeit der Verwaltungsverordnungen zu prüfen haben. Die Frage hat nur praktische Bedeutung für die Rechtsverordnungen.

Die herrschende Lehre im deutschen Staatsrecht vertritt die Meinung, dass die Regierung ohne Ermäch-

Digitized by Google

tigung des Gesetzes keine Rechtsverordnungen erlassen darf, ausgenommen wo die Verfassung ihr das Recht giebt Notverordnungen zu erlassen.

Die *französische* Doktrin und Praxis scheidet nicht so theoretisch genau zwischen Verwaltungs- und Rechtsverordnungen, weil sie den Unterschied zwischen Gesetzen und Verordnungen im materiellen und im formellen Sinn nicht verwertet. Die Unterscheidung zwischen „règlements d'administration publique" und „règlements administratifs ou de simple police" beruht auf dem Rechtsgrund des Verordnungsrechts der Verwaltung, der eine gesetzliche oder eine verfassungsrechtliche Ermächtigung sein kann. Kraft der Verfassung ist die Exekutive ermächtigt, Polizeireglemente und reine Verwaltungsreglemente zu erlassen; kraft gesetzlicher Delegation aber (unter Mitwirkung des Staatsrates) alle möglichen zur Ausführung von Gesetzen notwendigen Verordnungen; nur Steuern und Strafen können (von wenigen Ausnahmen abgesehen) nur durch Gesetz selbst auferlegt werden.

Es mag dahin gestellt bleiben, ob der bernische Regierungsrat kraft Verfassung befugt ist, Rechtsverordnungen ohne gesetzliche Ermächtigung zu erlassen, etwa auf den Gebieten der polizeilichen Fürsorge, namentlich zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Das Bundesgericht hat diese Befugnis dem luzernischen Regierungsrat trotz dem § 18 der luzerner Verfassung von 1875, der dem Art. 10 der Berner Verfassung ganz ähnlich lautet, zuerkannt. (Entsch. vom 30. Okt. 1885 in S. Spiess und Consorten, **11**, 484, Erwäg. 3 und 4.)

Die Regel soll jedenfalls sein, dass er es nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung tue. Art. 36 der Staatsverfassung überträgt dem Regierungsrat die Regierungsverwaltung nur innerhalb der Schranken der Verfassung und Gesetze, und Art. 39, Abs. 2 gestattet ihm, Gebote

Digitized by Google

und Verbote mit Strafandrohung nur zur Abwendung von dringender Gefahr und in provisorischer Weise zu erlassen. In den allermeisten Fällen werden sich die Rechtsverordnungen auf eine gesetzliche Ermächtigung stützen und dann wird es sich fragen, ob die Verordnung über den Rahmen der gesetzlichen Delegation hinausgegangen ist. Die weitere Frage, ob die Verordnung andern Gesetzesbestimmungen widerspricht, lässt sich von der oben erwähnten nicht trennen; denn die Regierung kann nie als ermächtigt gelten, gesetzwidrige Verordnungen zu erlassen. Entweder wollte der Gesetzgeber den Regierungsrat ermächtigen, durch die Verordnung gewissen gesetzlichen Bestimmungen zu derogieren, dann hat er selbst diese Vorschriften bedingt abgeändert; oder er wollte dies nicht tun, dann enthält jede Gesetzeswidrigkeit der Verordnung zugleich eine Ueberschreitung des gesetzlichen Auftrages.

Eben aus diesem Grunde gehört die Frage, ob der Regierungsrat die ihm erteilte Delegation überschritten habe, nicht in das Gebiet der formellen (wie die bernische Polizeikammer und auch das Bundesgericht im Urteil vom 14. Nov. 1885 i. S. Haaf, **11**, S. 466, meinen), sondern der materiellen Gesetzmässigkeit der Verordnung, wenn man sie auch als Kompetenzfrage formulieren kann.

Was nun die Frage betrifft, ob der Richter die Gesetzmässigkeit der Rechtsverordnungen prüfen dürfe und solle, so sind die Schriftsteller des deutschen Staatsrechts sozusagen einig, dass der Richter diese Befugnis und diese Pflicht habe (*Laband*, Staatsrecht des deutschen Reiches **2**, S. 98, *S. Meyer*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 4. A. S. 545 ff. *Gierke*; Laband's Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft in Schmoller's Jahrbuch VII. 1187; *Anschüz*, das Staatsrecht des deutschen Reiches, in Holtzendorffs & Kohlers Encyclopädie **2**, S. 609; *Kahn*, Annalen des deutschen Reiches, **40**. 1907, S. 611; *Seidel*, bayrisches Staatsrecht, **2**, S. 336-337;

Digitized by Google

Arndt, Verordnungsrecht des deutschen Reiches, S. 215 ff.; *Rosin*, Polizeiverordnungsrecht von Preussen, S. 188 ff.)

In diesem Sinne hat für Verordnungen des deutschen Reiches auch das Reichsgericht durch Urteile vom 28. März 1889 i. S. Reichsmilitärfiskus entschieden, (Entsch. in Zivilsachen B. **24**, S. 3.) und vom 25. April 1889 (*Bolze* 7. Nr. 821); ebenso der bayrische V. G. H., **5**, 280 (452).

Nach der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 106 der *preussischen* Verfassungsurkunde sind Gesetze und Verordnungen verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden sondern nur den Kammern zu. Die Meinung ist zwar auch vertreten, (von *Kahn* a. a. O.) dass dem Richter dieses Prüfungsrecht, kraft des Art. 1 des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes, zustehe. Das Reichsgericht und das preussische O. V. G. sind aber a. A.; Urteil des preuss. O. V. G. vom 4. Juli 1905 (v. Kamptz, Erg. Bd. **3**, S. 19); Reichsgericht, E. i. Ziv. S. **45**, 270.

Dagegen können die preussischen Gerichte die Gesetzmässigkeit der Verordnungen unterer Verwaltungsinstanzen, z. B. der Gemeinden, prüfen. (Reichsgericht, Urteile vom 26. Januar 1900 c. Stadtgemeinde Spandau, Ziv. S., **45**, 270, vom 24. März 1905; v. Kamptz-Delius, Rechtssprechung des Reichs- und Kammergerichts, 1906. I. S. 437.)

In den andern konstitutionellen Staaten gilt, gemäss Verfassung oder Praxis, der Grundsatz der Ueberprüfung der Gerichte (*Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 409). Für England vergl. *Hatscheck*, engl. Staatsrecht **2**, 503-504.

In Frankreich können die gewöhnlichen „règlements" des Staatsoberhauptes oder unterer Instanzen der Verwaltung auf „recours pour excès de pouvoir" durch die

Digitized by Google

Verwaltungsgerichte aufgehoben werden; die „règlements d'administration publique" nicht, weil sie selbst im Conseil d'Etat vorbereitet werden. (*Laferrière*, op. cit. S. 422, 536; *Dalloz*, supplément au répertoire **15**, p. 291. V° Règlements administratifs et de police.)

Dagegen können nicht nur die Strafgerichte, gemäss Art. 471, § 15, des code pénal, sondern alle Gerichte, gemäss allgemeinem Grundsatze, die Gesetzmässigkeit der Reglemente prüfen und beurteilen. (*Laferrière*, **1** 480 ff.; *Dalloz*, a. a. o. **15**, p. 289; *Fuzier-Herman*, Répertoire général alphabétique du droit français, B. **12**, p. 589, V° Compétence administrative; *Rivière*, Pandectes françaises, **11**, S. 182, 187; V° Autorité administrative (acte de l'); **37**, 831, V° Lois et décrets; *Moreau*, le règlement administratif, 1902, p. 260.)

Fragen wir uns, wie es sich im *bernischen Rechte* verhalte, so sind wir auch hier auf Schlussfolgerungen aus allgemeinen Grundsätzen angewiesen, da die Verfassung keine ausdrückliche Vorschrift enthält.

Wir haben dem Richter das Recht, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu beurteilen, in der Regel abgesprochen, trotz der höhern Autorität der Verfassung, weil der Richter der gesetzgebenden Behörde untergeordnet sei. Bei den Verordnungen, die vom Regierungsrat erlassen sind, fällt dieser Grund, das Prüfungsrecht der Richter einzuschränken, weg. Die Gerichte sind der Regierung koordiniert; der Grundsatz, dass das Gesetz der Verordnung vorgeht, und dass Verordnungsrecht Gesetzesrecht nicht aufheben kann, bleibt hier auch für das Gericht in voller Geltung. M. a. W., die Gerichte haben Verordnungen nur anzuwenden, wenn sie rechtsgültig sind, und die in der Tatsache der Erlassung der Verordnung enthaltene Erklärung der Regierung, dass die Verordnung gültig sei, ist für die Gerichte nicht bindend. Für diese Ansicht hat sich der Grosse Rat selbst deutlich ausgesprochen in Art. 1

Digitized by Google

des bernischen Dekretes vom 1. März 1858 betr. die Strafbestimmungen über die Widerhandlungen gegen Verordnungen, Reglemente und Beschlüsse des Regierungsrates.

„Widerhandlungen gegen Verordnungen, Reglemente und andere Beschlüsse, *welche innerhalb der Verfassung und der Gesetze* vom Regierungsrat ausgehen oder von demselben die Sanktion erhalten, sind mit einer Busse ..... zu bestrafen .....,"

Wenn es richtig ist, dass gesetzwidrige Verordnungen für den Richter unverbindlich sind, so ist es auch richtig, dass sie für den Bürger unverbindlich sind, denn der Richter muss die vor seine Schranken tretenden Bürger nach *dem* Recht beurteilen, das für sie gilt. Das ist die notwendige Konsequenz jener richterlichen Befugnis; sie ist aber weder grundsätzlich, noch praktisch unannehmbar.

Der Bürger, der einer Verordnung den Gehorsam verweigert, tut es auf eigene Gefahr, und wenn er recht bekommt vor dem Richter und die Verordnung ihrer gerichtlichen Sanktion beraubt wird, so ist der Uebelstand ein unvergleichlich geringerer, als wenn dasselbe einem Gesetze widerfährt.

Mit dem Prüfungsrecht des Richters ist aber nicht notwendig auch das Prüfungsrecht der untern Verwaltungsbehörden gegeben; denn diese stehen dem Regierungsrat nicht wie eine unabhängige Instanz gegenüber, sondern als Untergebene.

Das Bundesgericht hat sich m. W. nie darüber ausgesprochen, ob es dem bernischen Richter zustehe, die materielle Gesetzmässigkeit der Verordnungen zu prüfen, es hat aber selbst dieses Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen des Bundesrates beansprucht, (Urteile vom 28. Nov. 1906 i. S. Reymond, 32. II. 577, und vom 11. Juni 1907 i. S. Frey; Zeitschr. des bern. Jur. V. 1907, S. 600) obschon ihm die B. V. in Art. 113, Abs. 2, das Recht, die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze zu beurteilen, ausdrücklich versagt.

Digitized by Google

In gleichem Sinne hat sich das eidg. Justizdepartement in einem bei *Salis*, Bundesrecht III, N° 1247 angeführten Gutachten vom 22. April 1898, und in einem andern bei *Theo Guhl*, (Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung, 1908, S. 91) zitierten, vom 21. Januar 1902, ausgesprochen, und *Guhl* selbst a. a. O. S. 105.

Ich komme daher zum Schluss, dass nach bernischem Verfassungsrecht die Gerichte befugt sind, die materielle **Gesetzmässigkeit** *der regierungsrätlichen Verordnungen zu prüfen.*

Aus diesem Satze ergibt sich von selbst, dass die bernischen Gerichte auch befugt sind, die materielle **Verfassungsmässigkeit** *der Verordnungen zu prüfen.*

3. Die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit der Dekrete des Grossen Rates.

Die Dekrete des Grossen Rates stehen im bernischen Staatsrecht in der Mitte zwischen Gesetzen und Verordnungen; sie geniessen höhere Autorität als die Verordnungen, aber geringere als die Gesetze; m. a. W., Dekrete können durch Gesetze abgeändert werden, aber nicht umgekehrt; und die Verordnungen können durch Dekrete abgeändert werden, aber nicht umgekehrt.

Es frägt sich daher, ob die Dekrete in der hier zu lösenden Frage den Gesetzen oder den Verordnungen gleichgestellt werden sollen.

Für die Frage, ob die Gerichte die formelle und materielle Gültigkeit der Gesetze und Verordnungen zu beurteilen haben, schien uns die organische Stellung der Gerichte zu der gesetzgebenden Behörde einerseits, zu der verordnenden anderseits, entscheidend zu sein. Wir haben den Gerichten das Prüfungsrecht gegenüber den Gesetzen grundsätzlich abgesprochen, weil sie der gesetzgebenden Behörde untergeordnet seien, und bei

Digitized by Google

den Verordnungen das Gegenteil angenommen, weil die Gerichte den Verwaltungsbehörden koordiniert sind.

Nach diesem Grundsatz ist auch hier zu unterscheiden.

Das Dekret geht zwar nicht vom gesetzgebenden Organ, dem Grossen Rate und dem Volke, aus, aber doch von einer Behörde, die sowohl der Regierung als den Gerichten übergeordnet ist. Die überragende Stellung des Grossen Rates zeigt sich nicht nur in seiner Teilnahme an der Gesetzgebung, sondern auch in seinem Recht der authentischen Gesetzesauslegung, der Aufsicht über die Staatsverwaltung und der Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen den obersten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden (Verf. Art. 26, Ziff. 3, 7, 16); sie findet ihren Ausdruck im Eingang des Art. 26: („Dem Grossen Rate als der höchsten Staatsbehörde ...").

Es rechtfertigt sich daher, die Dekrete des Grossen Rates den Gesetzen und nicht den Verordnungen gleichzustellen.

Das Bundesgericht hat auch gerade bei einem Dekrete entschieden, dass die Gerichte an den Beschluss der gesetzgebenden Behörde gebunden seien, ohne zwischen Gesetzen und blossen Dekreten zu unterscheiden. Es hat allerdings gegenüber beiden den Gerichten das Recht der *formellen* Prüfung nebenbei zuerkannt.

Wir halten dies aber für Dekrete wie für Gesetze, aus denselben Gründen für unrichtig und kommen daher zum Schluss:

Nach bernischem Verfassungsrecht sind die Gerichte nicht befugt, die formelle oder materielle Verfassungs- oder Gesetzesmässigkeit der Dekrete zu prüfen.

Digitized by Google

II. Auf Grund des Art. 2 des Strafgesetzbuches.

Dieser Artikel lautet wie folgt:

„Keine Handlung oder Unterlassung kann mit einer Strafe belegt werden, welche nicht durch verfassungsmässige Gesetze oder Verordnungen angedroht war."

Wenn diese Bestimmung die Gerichte ermächtigt, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze und Verordnungen zu prüfen, so bleibt dieses Recht beschränkt auf den Fall, wo sie die Strafgerichtsbarkeit auszuüben haben.

Es wäre, wie schon bemerkt, nicht undenkbar, dass die Gerichte gerade hier die Befugnis hätten. Art. 2 hat sie ihnen aber nach meinem Dafürhalten nicht einräumen wollen.

Dagegen spricht zunächst die Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Als sie im Jahr 1866, in der zweiten Beratung des Gesetzes aufgenommen wurde, erläuterte sie der Berichterstatter der Kommission, Karrer, mit der Bemerkung, sie enthalte den Grundsatz, dass keine Handlung mehr bestraft werden solle, welche das Gesetz nicht schon vorher mit Strafe bedroht habe. Etwas anderes wurde dazu nicht bemerkt. (Tagblatt 1866, S. 8.)

Wenn, wie wir angenommen haben, die Staatsverfassung den Gerichten die Befugnis nicht gegeben hat, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu prüfen, wäre es verwunderlich, dass ihnen ein Gesetz dieses Recht gegeben hätte, denn dadurch wird das staatsrechtliche Verhältnis der Gerichte zur Legislative nicht unwesentlich verändert. Streng genommen wäre sogar eine solche Gesetzesvorschrift verfassungswidrig und die Gerichte müssten die erste Anwendung ihres Prüfungsrechtes auf *das* Gesetz machen, das es ihnen verleiht.

Die Verleihung des Prüfungsrechtes auf dem Wege des Gesetzes würde übrigens auch deshalb nicht zum Ziele führen, weil eben dieses Gesetz durch ein späteres abgeändert werden könnte und anzunehmen wäre, dass

Digitized by Google

wenn der Grosse Rat später ein verfassungswidriges Gesetz erliesse, er dadurch die der Anwendung dieses Gesetzes entgegenstehende Bestimmung eines frühern Gesetzes, des Strafgesetzbuches, abändern wollte.

Aber auch abgesehen von dieser Erwägung formeller Natur, müsste an der Fassung des Art. 2 auffallen, dass die Gerichte ermächtigt werden, die *Verfassungsmässigkeit* der Gesetze und der Verordnungen zu beurteilen, nicht aber, was praktisch weit wichtiger und gerechtfertigter ist, die Gesetzmässigkeit der Verordnungen.

Die Bestimmung würde durch die hier bekämpfte Auslegung zu einer Garantie der Verfassungsgrundsätze zu Gunsten der Angeklagten, während der Hauptgedanke, — nach unserer Ansicht der einzige — den sie ausdrücken wollte, der der *Gesetzmässigkeit* der einzelnen Strafurteile ist; dass nämlich die Verordnungen gesetzmässig sein müssen, braucht, nach unserer Auslegung der Verfassung, nicht besonders gesagt zu werden.

Man kann diesem Einwand nicht entgegenhalten, mit der Verfassungsmässigkeit der Verordnungen sei auch ihre Gesetzmässigkeit postuliert, da es ein verfassungsrechtlicher Grundsatz sei, dass der Regierungsrat Verordnungen nur im Rahmen des Gesetzes erlassen könne; denn nach dieser Auffassung, die auch die Polizeikammer zu teilen scheint, wäre überhaupt jede Gesetzwidrigkeit eine Verfassungswidrigkeit, da das Gesetz seine verpflichtende Kraft aus der Verfassung zieht.

Das Wort „verfassungsmässig" in Art. 2. des St. G. B. hat daher m. E. keinen andern Sinn als z. B. in Art. 189, Abs. 2, des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege die Worte: „der auf Grund der Bundesverfassung erlassenen Gesetze"; es hätte weggelassen werden können, ohne dass der Sinn der Bestimmung sich verändert hätte.

Ist man mit der Polizeikammer des Obergerichts der Meinung, die Gerichte haben kraft der Verfassung

Digitized by Google

das Recht, die formelle Gültigkeit der Gesetze zu prüfen, so mag man in dem fraglichen Wort einen Hinweis auf diese verfassungsmässige Kompetenz der Gerichte erblicken, der aber im Grunde ebenso überflüssig ist.

Ich komme also zum Schluss, dass Art. 2 des bernischen Strafgesetzbuches den Strafgerichten nicht das Recht gibt, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze, Dekrete und Verordnungen zu prüfen.

B. Die zweite Frage.

Am 3. November 1907 ist dem Bernervolke die Frage vorgelegt worden, ob es Art. 111 der Staatsverfassung durch folgende Bestimmung ergänzen wolle:

„Die Gesetze und Dekrete, sowie die Beschlüsse des Grossen Rates sind jedoch ohne eine Prüfung ihrer Verfassungsmässigkeit von allen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anzuwenden.

„Will eine Gerichtsbehörde die Verfassungsmässigkeit einer Verordnung oder eines Beschlusses des Regierungsrates nicht anerkennen, so ist die Frage dem Grossen Rate zur Entscheidung vorzulegen. Die Ausführung dieses Grundsatzes erfolgt durch Dekret des Grossen Rates."

Die mir gestellte Frage lässt sich grundsätzlich so formulieren:

Welche rechtliche Wirkung hat die Verwerfung eines Verfassungsentwurfes durch das Volk?

Die Antwort ist einfach, sobald man sich die rechtliche Bedeutung der Volksabstimmung vergegenwärtigt.

Stellt man sich das Volk, d. h. die Gesamtheit der stimmberechtigten Bürger, als den Souverän vor, als diejenige Personengesamtheit, der ursprünglich alle Staatsgewalt zusteht, und die darüber in bestimmter Weise verfügt, indem sie sich eine Verfassung gibt, oder

Digitized by Google

die bestehende Verfassung ändert, so kommt man dazu, den Willen dieser Gesamtheit als das höchste Gesetz und als schlechthin verbindlich anzusehen, sobald er in ordnungsmässiger Weise festgestellt ist.

Diese Vorstellung ist heute noch sehr verbreitet und tief eingewurzelt, sie hat auch im Grossen Rat in der Diskussion über die Revision des Art. 111 der Verfassung, wie bereits erwähnt, Ausdruck erhalten und zeigt sich im zweiten Artikel der Verfassung und den Eingangsbestimmungen der meisten andern Kantonsverfassungen. Sie ist ein Stück Naturrecht, das bis zu einem gewissen Punkt dem positiven Recht der reinen Demokratie entspricht, in seinem Grundgedanken aber rechtswissenschaftlich unhaltbar ist.

Der Grundgedanke ist nämlich, dass das gesamte Volk vor der Konstituierung des Staates Inhaber der Staatsgewalt sei und von dieser Gewalt Gebrauch mache, indem es sich eine Verfassung gebe, oder die einmal gegebene ändere. Diese Konstruktion der rechtlichen Grundlagen der Gesellschaft ist unhaltbar, weil die Gesamtheit der Volksgenossen vor der Verfassung keine *Rechte* hat, sondern erst durch die Verfassung zur Rechtsgenossenschaft, zum Staate, wird.

Rechtlich gesprochen, ist die Verfassung der Ursprung und die Grundlage alles Rechts im Staate, wie des Staates selbst; wenn das „Volk", d. h. im konstituirten, demokratisch organisierten Staat die Gesamtheit der Aktivbürger (eine Minderheit aller Staatsangehörigen) Rechte besitzt, so besitzt es sie kraft der Verfassung, und es besitzt nur die Rechte, die ihm die Verfassung verleiht.

Das Volk ist, wie die Behörden, ein Organ des Staates, dessen Mitwirkung für die gültige Rechtssetzung notwendig ist, wo es die Verfassung verlangt. Ausserhalb dieses Kompetenzbereiches verliert die Gesamtheit

Digitized by Google

der Aktivbürger die Eigenschaft eines staatlichen Organs und verliert ihr Wille jede rechtliche Bedeutung.

Nach der bernischen Staatsverfassung hat das Volk das Recht, bei der Gesetzgebung und der Revision der Verfassung mitzuwirken. Bei der Partialrevision, die, wie die in Frage stehende, vom Regierungsrat angeregt wird, hat der Grosse Rat den Revisionsentwurf allein festzustellen und das Volk hat den Beschluss zu sanktionieren. Verweigert es seine Zustimmung, so ist die Revision nicht zustande gekommen, gleich wie wenn das andere Organ, dessen Zustimmung ebenfalls erforderlich war, der Grosse Rat, seine Mitwirkung von vornherein versagt hätte.

Eine andere rechtliche Wirkung hat die Ablehnung der Vorlage durch das Volk nicht.

Was die Stimmberechtigten bei der Verwerfung dachten, und was sie zur Verwerfung bewogen haben mag, ist gleichgültig. Sie hatten verfassungsgemäss nur *eine* Willenserklärung abzugeben, ob sie die Vorlage wollten oder nicht; was sie aber an deren Stelle anderes wollten, hatten sie nicht zu erklären und kommt rechtlich nicht in Betracht. Das negative Ergebnis der Abstimmung mag für die Behörden ein bedeutsames Sympton der im Volke — im weitern Sinne — herrschenden Stimmung sein und mag sie veranlassen, einen andern Revisionsentwurf vorzuschlagen, wenn sie dies dem Wohle des Landes angemessen erachten. Eine rechtlich verpflichtende, positive Willensäusserung ligt aber in der Verwerfung nicht.

Die Richtigkeit des Gesagten wäre nicht zweifelhaft, wenn das Volk zwischen zwei klaren Vorschriften zu wählen gehabt hätte; Niemand hätte daran gezweifelt, dass nun vorderhand das bisherige Recht weitergilt, auch wenn man sicher gewusst hätte, dass die Mehrzahl der Stimmenden ein drittes gewünscht hätte. Zweifel entstehen im vorliegenden Falle nur deshalb, weil das alte

Digitized by Google

Recht bestritten war und daher ebenfalls unsicher war, inwieweit die neuredigierte Bestimmung davon abweiche. Gesetzt aber auch der Fall, die dem Volk vorgelegte Bestimmung hätte sachlich gar nichts neues gebracht, sondern nur dem geltenden Recht deutlicheren Ausdruck gegeben, so wäre es rechtlich nicht minder sicher, dass das geltende Recht nicht abgeändert worden wäre, trotzdem sich das Volk mit aller Deutlichkeit dagegen ausgesprochen hätte. Die Verwerfung eines Revisionsentwurfes kommt niemals der Abänderung des geltenden Rechtes im entgegengesetzten Sinne gleich, denn dazu bedarf es eines besondern regelrechten Verfahrens. Umsoweniger hat die Verwerfung einer Bestimmung, deren sachliche Abweichung vom alten Recht bestritten, eine derartige Wirkung.

Es braucht nur noch unterstützungsweise kurz darauf hingewiesen zu werden, wie unsicher die positive Bedeutung einer solchen negativen Aeusserung des Volkswillens ist. Aus der Abstimmung als solcher wird nie hervorgehen, ob die Mehrheit das Neue verworfen hat, weil sie das Alte behalten wollte, oder weil sie ein Drittes vorgezogen hätte.

Die rechtlich richtige ist daher auch die einzige praktisch mögliche Beantwortung der Frage.

Ich komme daher zum Schluss, dass die Verwerfung des revidierten Artikels 111 der Verfassung durch das Volk auf das geltende Recht keinen Einfluss ausübt.

Digitized by Google

Verzeichnis

der im Jahre 1907 im Kanton Bern erlassenen Gesetze, Dekrete und regierungsrätlichen Verordnungen, Beschlüsse und Kreisschreiben von allgemeiner Tragweite.

Zusammengestellt von Dr. *Paul Wäber*.

I. Gesetze:

Volksbeschluß vom 3. November 1907 betr. Revision der Artikel 50—52 und 56—62 der Staatsverfassung (Gerichtsorganisation).

Gesetz vom 26. Mai betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

Gesetz vom 3. November betreffend den bedingten Straferlaß.

Gesetz vom 3. November betreffend Schutz des Weinbaues gegen die Reblaus.

Gesetz betreffend Revision des § 18, Ziffern 3 und 4 des Gesetzes vom 15. Juli 1894 betr. die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden.

II. Dekrete:

Abänderungsdekret vom 19. März betreffend die Verwaltung der kantonalen Brandversicherungsanstalt.

Dekret vom 9. Oktober betreffend die Einteilung der römisch-katholischen Kirchgemeinden des Jura und die Besoldung der römisch-katholischen Geistlichen.

Dekret vom 9. Oktober betreffend die Organisation der Landwirtschaftsdirektion.

Dekret vom 25. November betreffend die Anwendung des Gesetzes vom 6. Juli 1890 auf die durch das Bundesgesetz vom 28. März 1905 geregelten Haftpflichtfälle.

Dekret vom 28. November betreffend die Errichtung einer zweiten Pfarrstelle in der Kirchgemeinde Wahlern.

Dekret vom 28. November 1907 betreffend die Errichtung einer zweiten Pfarrstelle in der reformierten Kirchgemeinde Tavannes.

III. Verordnungen, Beschlüsse und Kreisschreiben:

Vorordnung vom 6. März über Lehrplan, Unterrichtszeit und Absenzenwesen bei den gewerblichen Bildungsanstalten.

Digitized by Google

Verordnung vom 6. März über das Lehrlingswesen beim Buchdruckergewerbe.

Verordnung vom 6. März gemäß § 11 des Gesetzes über gewerbliche und kaufmännische Berufslehre.

Vorordnung vom 16. März über die Förderung der Berufsbildung.

Verordnung vom 25. März 1907 über die Aufbewahrung von Sprengstoffen.

Verordnung vom 17. April 1907 betreffend die Sonntagsruhe.

Vollziehungsverordnung vom 5. Juni 1907 zum Straßenpolizeigesetz vom 10. Juni 1906.

Verordnung vom 24. Juni 1907 betreffend Abänderung von § 39 des Reglementes vom 10. März 1902 für die Bergführer und Träger im Kanton Bern.

Streikverordnung vom 26. Juni 1907 (Zimmerleutestreik in Bern); aufgehoben den 14. September 1907.

Provisorische Ausführungsverordnung vom 26. Juni 1907 zum Gesetz vom 26. Mai 1907 betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

Verordnung vom 29. Juli 1907 betreffend den Verkehr mit leicht endzündbaren und explosionsfähigen Stoffen.

Verordnung vom 10. August 1907 betreffend die Jagd für das Jahr 1907, mit Nachtrag vom 4. September 1907.

Vollziehungsverordnung vom 14. September 1907 zur eidg. Maß- und Gewichtsordnung.

Verordnung vom 23. Oktober 1907 betreffend Luftgasbeleuchtungsapparate.

Verordnung vom 23. Oktober 1907 betreffend Carbid und Acetylen.

Verordnung vom 23. Oktober 1907 betreffend die Aufbewahrung und Behandlung von Benzin im Automobil-, Motorrad- und Motorbootverkehr.

Verordnung vom 30. Oktober 1907 betreffend den Brotverkauf (Abänderung der Verordnung vom 22. Juli 1893).

Vorordnung vom 2. November 1907 betreffend besondere Bestimmungen über die kaufmännische Berufslehre.

Beschluß vom 16. Januar 1907 betreffend Abänderung des § 22 des Reglementes für die Patentprüfungen von Kandidaten des höhern Lehramtes vom 5. August 1903.

Digitized by Google

Reglement vom 6. Februar über die Aufbewahrung der Schuldscheine des Staatsanleihens von 1906.

Beschluß vom 17. April 1907 betreffend Abänderung des Beschlusses vom 12. März 1904 über provisorische Ausführungsbestimmungen zum Viehversicherungsgesetz.

Beschluß vom 11. September 1907 betreffend die Archivirung der Administrativentscheiden zu Grunde liegenden Akten.

Tarif vom 26. Juni 1907 für die Verrichtungen der Medizinalpersonen.

Kreisschreiben vom 5. Januar 1907 an die Richterämter und Amtsschaffnereien betreffend Bezug von Bußen und Kosten.

Kreisschreiben vom 5. Januar 1907 an die Regierungsstatthalterämter betreffend Kontrolle über militärische An- und Abmeldung der im Auslande domizilierten Wehrpflichtigen.

Kreisschreiben vom 19. Januar 1907 an die Strafrichterämter sowie an die Kriminal- und Polizeikammer des Kantons Bern betreffend Aufnahme der Kosten für Strafhaft in die Urteilsauszüge.

Kreisschreiben vom 23. Januar 1907 an die Regierungsstatthalterämter für sich und zu Handen der Ortspolizeibehörden betreffend den Vollzug des Bundesgesetzes vom 1. April 1905 über die Sonntagsarbeit in den Fabriken.

Kreisschreiben vom 30. Januar an die Regierungsstatthalter betreffend Bezug und Verrechnung der Gewerbescheingebühren.

Kreisschreiben vom 30. Januar an die Regierungstatthalterämter zu Handen der Gemeinderäte betreffend altertümliche Fundsachen.

Kreisschreiben vom 6. Februar an die Regierungsstatthalter zu Handen der Kreiskaminfeger betreffend Beobachtung der Vorschriften der Feuerordnung.

Kreisschreiben vom 10. April 1907 an die Regierungsstatthalter für sich und zu Handen der Gerichtspräsidenten, Amtsschreiber, Gerichtsschreiber und Betreibungsbeamten betreffend Nebenbeschäftigung der Bezirksbeamten.

Kreisschreiben vom 20. April 1907 an alle Forstbeamten und Regierungsstatthalter betreffend Handhabung der Forstpolizei.

Digitized by Google

Kreisschreiben vom 1. Mai 1907 an sämtliche Regierungsstatthalter zu Handen der Ortspolizeibehörden und Zivilstandsbeamten betreffend Beobachtung der Vorschriften des Begräbnisdekretes.

Kreisschreiben vom 16. Mai 1907 an die Regierungsstatthalterämter betreffend Baupublikations- und Baubewilligungsformulare.

Kreisschreiben vom 26. Juni 1907 an die Regierungsstatthalterämter betreffend Strafvollzug.

Kreisschreiben vom 1. Juli 1907 an die Einwohnergemeinderäte sämtlicher Gemeinden des Kantons Bern betreffend Steuergesetzentwurf.

Kreisschreiben vom 4. Juli 1907 an die Regierungsstatthalter für sich und zu Handen der Zivilstandsbeamten betreffend Abänderung verschiedener Bestimmungen der bisherigen französischen Ehegesetzgebung.

Kreisschreiben vom 23. August 1907 an die Regierungsstatthalter betreffend den Vollzug von in Gefängnis umgewandelten Geldbußen.

Kreisschreiben vom 6. November 1907 betreffend die Auslieferungsverträge mit Deutschland und Italien.

Kreisschreiben vom 19. November 1907 an die Regierungsstatthalter betreffend Abschaffung der Erneuerung der Aufenthaltsbewilligungen für Kantonsfremde.

Bekanntmachung vom 21. September 1907 betreffend die Fischerei.

Verschiedenes.

Universität Bern. Die Zahl der Studierenden an der juristischen Fakultät ist auf annähernd 400 gestiegen. — Prof. Huber liest vom 10. Juni an bis Ende Semester ein Colleg zur Einführung in das Zivilgesetzbuch, welches insbesondere auch für Praktiker bestimmt ist und daher Montag, Mittwoch und Donnerstag abends 6—7½ Uhr abgehalten wird.

Gewerbegericht der Stadt Bern. Der 13. Jahresbericht pro 1907 ist erschienen (Buchdruckerei Käser). Er weist namentlich Auszüge aus der Gerichtspraxis über das Kündigungswesen auf.

Digitized by Google

Literaturanzeigen.

Ausgabe des Schweiz. Zivilgesetzbuches in den drei Nationalsprachen. Bern, Francke, 1908.

Die gleichzeitige Berücksichtigung der drei Texte, zum mindesten des deutschen und des französischen, wird bei der Anwendung des neuen Rechtes von großem Vorteil sein. Die gut gedruckte Francke'sche Ausgabe, bei welcher diese drei Texte artikelweise untereinander gestellt sind, kommt daher einem wirklichen Bedürfnis entgegen.

Friedrich Emil Welti, Beiträge zur Geschichte des ältern Stadtrechtes von Freiburg im Uechtland. (Abhandlg. zum Schweiz. Recht, 25. Heft.) Bern, Stämpfli & Cie. 136 S.

Der Titel dieser Prof. Eugen Huber gewidmeten Studie besagt eigentlich zu wenig für ihren Inhalt; denn sie betrifft nicht nur die älteste Stadtrechtsgeschichte von Freiburg i. U., sondern vielmehr der ganzen zähringischen Städtegruppe in der Schweiz, dazu noch der Mutterstadt Freiburg i. Br. So werden denn auch ihre Resultate sowohl seitens der schweizerischen wie seitens der deutschen Rechtsgeschichte eingehende Beachtung und Würdigung erfahren.

Im ersten Teil leistet Welti den hochinteressanten Nachweis, daß wir als älteste Ueberlieferung der Rechte beider Freiburg die Handveste von Flümet, eines savoyischen Städtchens, anzusehen haben, welche ihrerseits wieder große Verwandtschaft mit dem Rechte von Dießenhofen aufweist. Im zweiten Teil wird das Verhältnis der Handvesten von Thun, Erlach, Aarberg, Illingen und Büren zur Handveste von Fribourg festgestellt und diese selbst näher untersucht. Es geschieht dies in so gründlicher und scharfsinniger Weise, daß den Schlüssen wohl schwerlich Zustimmung versagt werden kann. Nachdem uns Welti die tadellose Ausgabe des bernischen Stadtrechts geschenkt hat, verdanken wir ihm nun auch die Klarlegung der frühesten Verhältnisse der übrigen zähringischen Städte, vor allem die Feststellung des ersten Stadtrechtes von Freiburg i. B. (das man bisher in der Thenenbacherabschrift suchte), und sodann die endgültige Bereinigung des Textes der Handveste von Freiburg i. U., welche auf seine Meisterhand wartete, nachdem sich einige Unberufene die Finger an dieser Arbeit verbrannt hatten.

Digitized by Google

Glücksmann, Dr. Rob., **Grundriß des Wechselrechts und Wechselverkehrs** etc. nach schweizerischem und deutschem Rechte. Bern, Stämpfli & Cie, 1908. 171 S.

Wenn auch dieser in flottem Gewande sich präsentierende Grundriß nicht als Bereicherung der wechselrechtlichen Literatur im wissenschaftlichen Sinne taxiert werden darf, so weist er doch als Lehrmittel erhebliche Vorzüge auf. Insbesondere eignet es sich trefflich dazu, den jungen Juristen in die praktischen Grundlagen dieses Gebietes einzuführen. Dieses Ziel wird durch eine große Anzahl zwischen den Text zur Erläuterung eingestreuter Formulare erleichtert; ferner ist die Darstellung durch eingehende Behandlung der Funktion des Wechsels im kaufmännischen Verkehr abgerundet und ergänzt, so z. B. durch Ausführungen über die Diskontierung, Wechselinkasso, Devisierung, Wechselbuchung.

Wolf, Die schweizerische Bundesgesetzgebung. Nach Materien geordnete Sammlung. Basel, Buchdruckerei Kreis.

Der III. Band dieses Unternehmens ist nunmehr abgeschlossen. Es enthält unter anderm die für die Praxis so wichtigen und in der offiziellen Sammlung sehr verstreuten Staatsverträge auf dem Gebiete des Zivil- und Prozessrechts. Auch diesmal sind die Anmerkungen sehr wertvoll.

Schollenberger, J., Geschichte der Schweizerischen Politik, Bd. II. Frauenfeld, Huber & Cie. 382 S.

Der Verfasser ist in diesem Bande weniger, als im ersten, der Versuchung unterlegen, originell à tout prix sein zu wollen. Wissenschaftlich ist auch dieser Teil leider von wenig Belang, und als populäres Werk reicht er bei weitem nicht an die Darstellungskunst von Curti, „Geschichte der Schweiz im 19. Jahrhundert", heran.

Rechtsprechung.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

20. Art. 59 B. V.; von einem incompetenten Richter ausgesprochene Ordnungsbusse und Prozessentschädigung.

Eine wegen unentschuldigten Ausbleibens gegen einen Beklagten ausgesprochene Ordnungsbuße wurde, wie auch

Digitized by Google

die dem Gegner gesprochene Prozeßentschädigung, gestützt auf Art. 59 B. V. aufgehoben, weil dem betr. Richter danach keine Gerichtsbarkeit über den Beklagten zustand.

Urteil vom 4. März 1908 i. S. Gutzwiller ca. Grundstückbörse Berlin.

21. Namen- und Firmenrecht; Art. 776 O. R.

Ein im Handelsregister von Basel eingetragener Verein klagte gegen einen andern, ebenfalls im Handelsregister eingetragenen Verein vor den Basler Gerichten auf Unterlassung der Führung seines Namens, weil dadurch sein eigenes Namenrecht verletzt sei. Die Klage wurde von der obern kantonalen Instanz geschützt. Das Bundesgericht trat auf die Berufung des Beklagten nicht ein. Nachdem das Urteil ausgeführt, daß der Schutz des Namens, nach seiner positiven wie nach seiner negativen Seite, den Regeln des Personenrechts untersteht, und dass demnach seine Rechtsquelle nicht im eidgenössischen, sondern im kantonalen Recht liegen kann, fährt es fort:

„Die Klägerin scheint indessen die Kompetenz des Bundesgerichts auf Art. 876 O. R. stützen zu wollen, und die Vorinstanz führt denn auch, um ihr Urteil mit auf Bundesrecht zu stützen, das Urteil des Bundesgerichts i. S. Stahl c. Weiß-Boller, A. S. 17, S. 710 ff., an. Nun hat das Bundesgericht in diesem Entscheide allerdings den doppelten Grundsatz aufgestellt, daß Art. 876 (Abs. 2) O. R. Jeden, auch den nicht als Firmainhaber eingetragenen, gegen unbefugte Verwendung seines Namens in einer Firma schütze, und daß dieser Schutz sich weiter auch erstrecken müsse auf den unbefugten Namensgebrauch in einer Geschäftsbezeichnung. Diese Grundsätze können jedoch nicht aufrecht erhalten werden. Zwar lautet Art. 876, Abs. 2 O. R. in der deutschen und in der italienischen Fassung ganz allgemein („Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird . . . .", „Chi risenta pregiudizio per l'indebito uso d'una ditta . . . ."); er scheint jedem durch den unbefugten Gebrauch einer Firma Verletzten, ganz abgesehen davon, ob er als Firmeninhaber eingetragen ist oder nicht, Schutz gegen Beeinträchtigung durch unbefugten Firmengebrauch zu gewähren und damit insbesondere auch das Namensrecht zu schützen. Diese Auffassung wird denn auch in der Doktrin vertreten (vergl. *Miller*, die Lehre von der Geschäftsfirma nach S. O. R., S. 41 ff.; *Lansel*, Le nom en

Digitized by Google

droit civil, nos 240 und 241, S. 198 ff)., und sie kann sich insbesondere stützen auf die deutsche Doktrin und Rechtsprechung hinsichtlich des a. D. H. G. B., Art. 27; vgl. *Staub*, Kommentar, 3. u. 4. Aufl., S. 59, § 2 zu Art. 27; nunmehr auch zu Abs. 2 des § 37 des n. D. H. G. B.: *Staub*, 6. u. 7. Aufl., S. 178 ff. Es wird denn auch kaum bezweifelt werden können, daß derjenige, dessen Namen entgegen der Vorschrift des Art. 873 a. E. O. R. in der Firma einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft gebraucht wird, hiegegen gestützt auf Art. 876, Abs. 2 O. R. einschreiten kann; vgl. den Hinweis von *Hafner* auf Art. 873 a. E. in Anm. 6 zu Art. 876. Allein abgesehen von diesem, hier nicht vorliegenden Fall ist Art. 876, Abs. 2 enger zu interpretieren, nämlich im Zusammenhang mit Abs. 1. Der französische Text zeigt dies deutlich, indem er in Abs. 2 von „cette raison" spricht, womit er eben die Firma, von der Abs. 1 spricht, meint. Dieser Text ist aber korrekter, indem er streng im Rahmen dessen bleibt, was der Gesetzgeber in Art. 876 ordnen wollte und konnte: im Rahmen des Firmenrechts. (So *Wiedemann*, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, S. 673 f.: Der Abs. 2 bestimmt „lediglich die Konse„quenzen des in Abs. 1 aufgestellten Prinzips: die Klagen, „mit welchen der zum ausschließlichen Firmengebrauch Be„rechtigte seinem Recht Nachachtung verschaffen kann" — mit Polemik gegen das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Stahl c. Weiß-Boller). Der klägerische Verein ist nun im Handelsregister eingetragen, und *Wiedemann*, a. a. O., S. 408 ff. und 660 ff., spricht in sehr eingehender Begründung den nach Art. 717 O. R. eingetragenen idealen Vereinen den gesteigerten Rechtsschutz des Firmenrechts zu, so daß also in casu die Klägerin, die ja eingetragen ist, in der Tat ihre Klage mit Art. 876 stützen könnte. Allein dieser Auffassung von *Wiedemann* kann nicht beigestimmt werden. Die Bestimmungen des 33. Titels, zweiten Teiles, O. R. handeln von den Geschäftsfirmen; sie beziehen sich ihrer Natur nach überall nur auf die geschäftstreibenden Personen, regeln deren Beziehungen; ganz besonders spricht denn auch Art. 876, Abs. 1, in dessen Zusammenhang Abs. 2, wie gesagt, auszulegen ist, nur von der Firma eines einzelnen Geschäftsinhabers oder einer Gesellschaft. Für die Namen eingetragener idealer Vereine ist bei Regelung dieser Materie der Geschäftsfirma kein Raum. Art. 876 findet somit in der vorliegenden Streitsache keine Anwendung und damit ist die

Digitized by Google

Inkompetenz des Bundesgerichtes hinsichtlich des Klagebegehrens sub. I (Berufungsantrag sub. 1) endgültig festgesetzt."

Urteil des Bundesgerichts vom 20. März 1908 i. S. Loge Daheim Nr. 8 des Neutralen Guttemplerordens gegen Loge Daheim Nr. 8 des Independent Order of Good Templers.

22. Anfechtungsrecht; Einfluss der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner auf den von einem einzelnen Gläubiger gegen einen Dritten erhobenen Anfechtungsprozess.

Levy-Sonnenborn focht, gestützt auf einen Verlustschein, den er gegen seinen Schuldner Spier erwirkt hatte, einen von diesem mit der Firma C. F. Schwarz Söhne abgeschlossenen Kaufvertrag an, gestützt auf Art. 286 ff. Sch. K. G. Die Klage wurde von den kant. Instanzen gutgeheissen. C. F. Schwarz Söhne erklärten Berufung an das Bundesgericht. Vor der Verhandlung erwirkten sie, die selbst Gläubiger des Spier waren, die Eröffnung des Konkurses über ihn. Sie stellten daraufhin beim B. G. das Begehren, auf die Behandlung des Prozesses sei, weil dieser durch die Konkurseröffnung gegenstandslos geworden, nicht einzutreten und der Prozess als dahingefallen zu erklären. Umgekehrt stellte Levy-Sonnenborn das Begehren, es sei der Prozess ohne weiteres zu beurteilen, da das Konkurserkenntnis die Erledigung desselben nicht beeinflusse. Der Prozess wurde vom Präsidenten vorläufig eingestellt und die Konkursverwaltung angewiesen, über die Aufnahme desselben durch die Masse das nötige zu veranlassen. Die Konkursverwaltung verzichtete auf die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs; dagegen wurde der Anspruch nach Art. 260 an C. F. Schwarz Söhne und einen dritten Gläubiger — der ausser Betracht fällt — abgetreten. C. F. Schwarz Söhne erklärten nun, den Prozeß vor B. G. aufzunehmen mit Verweis auf die ihnen im Prozeß und in der Berufung gestellten Haupt- und eventuellen Begehren.

Das B. G. beschloß: „Die Behandlung des Falles ist solange verschoben bis der Anfechtungskläger J. Levy durch Vorlage seines (Konkurs-)Verlustscheines den Ausweis geleistet hat, daß der Konkurs über Spier ausgetragen ist."

Haupterwägungen:

„Nach der Auffassung des Beklagten wäre nun dieser Anfechtungsanspruch mit der Konkurseröffnung auf die Masse

Digitized by Google

übergegangen, hätte ihn damit der Kläger, wenigstens soweit er als Einzelgläubiger anfechten und vollstrecken will, endgültig verloren, und wäre so der von ihm angehobene Prozeß jetzt als gegenstandslos geworden zu erklären. Diese Auffassung lässt sich nun aber aus theoretischen und namentlich auch aus praktischen Gründen nicht rechtfertigen:

In ersterer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, daß das Anfechtungsrecht des Einzelgläubigers (Art. 285, Ziff. 1, Sch. K. G.) und das der Gläubigerschaft im Konkurse (Art. 285, Ziff. 2) nicht identisch sind. Sie sind es besonders insoweit nicht, als die Einzelanfechtung die Deckung nur der betreffenden Einzelforderung bezweckt und erreichen kann, die konkursmäßige Anfechtung aber Deckung der sämtlichen Konkursforderungen. Sodann sind möglicherweise die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit für die Gläubigerschaft andere, als sie es für den Einzelgläubiger vor der Konkurseröffnung waren, indem z. B. der Gläubigerschaft (die das Anfechtungsrecht selbständig ausüben, nicht die frühere Geltendmachung durch den Einzelgläubiger weiter verfolgen will) die Verwirkungsfristen der Art. 286/87 Sch. K. G. entgegenstehen können, während dies bei dem vor dem Konkurs anfechtenden Einzel-Gläubiger vielleicht nicht der Fall gewesen ist, oder indem umgekehrt etwa ein für den Einzelgläubiger verbindlicher Verzicht auf die Anfechtung der erneuten selbständigen Anfechtung durch die Gläubigerschaft nicht entgegengehalten werden kann. Aus all dem ergiebt sich, daß die vorliegende Frage nicht kurzweg, wie die Beklagten meinen, mit der Erklärung zu lösen ist: der Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers falle, etwa wie ein gepfändetes Vermögensstück, in die Masse, gehe damit notwendig dem Einzelgläubiger endgültig verloren. Hiegegen sprechen, wie schon angedeutet, nun vorzüglich auch noch praktische Gründe: Nur soweit vermag es sich nämlich zu rechtfertigen, die Befugnisse zu schmälern, die dem Einzelgläubiger vor dem Konkurse zustanden, um durch die Anfechtung zu Befriedigung seiner Forderung zu gelangen, als das prävalierende Interesse der Gläubigergemeinschaft eine solche Schmälerung nötig macht. Deshalb muß freilich der Einzelgläubiger mit der Konkurseröffnung es sich gefallen lassen, daß jetzt zunächst nicht mehr er, sondern die zuständigen Konkursorgane das Anfechtungsrecht ausüben und daß der Erfolg davon nicht mehr ihm allein, sondern der Gesamtheit der Konkursgläubiger zu gute kommt,

Digitized by Google

und in diesem Falle muß dann notwendigerweise der auf weniger gehende Anspruch des Einzelgläubigers in dem das Mehrere umfassenden Anspruch der Konkursmasse aufgehen. Dagegen ist nicht abzusehen, weshalb, wenn aus irgend einem Grunde, namentlich wegen Aufhebung des Konkurses oder Verzichtes der Konkursmasse auf die Anfechtung, das Anfechtungsrecht nicht zu Gunsten der Gläubigerschaft ausgeübt wird, der Einzelgläubiger nun auch dauernd gehindert sein sollte, den schon vor Konkurseröffnung ans Recht gesetzten Anspruch nun wieder für sich weiter zu verfolgen."...

Weiter wurde ausgeführt, daß die Abtretung des Anfechtungsanspruchs gegen C. F. Schwarz Söhne an diese selbst ungültig sei.

Urteil vom 20. März 1908 i. S. Schwarz Söhne ca. Levy.

28. Anfechtungsklage; Solidarität mehrerer Beklagten; Art. 291 Sch. K. G.

B. u. S. hatten sich von ihrem Schuldner K. Fr. 14,000 in paulianisch anfechtbarer Weise zahlen lassen. B. wurde auf Rückgabe der ganzen Summe belangt, aber nur zu dem verurteilt, was *er* erhalten hatte. „Eine solidarische Haftung mehrerer Anfechtungsbeklagten ist im Gesetze nicht vorgesehen, insbesondere auch nicht in Form eines Hinweises auf Art. 60 O. R. noch allgemein auf die Art. 50 ff. O. R."

Urteil vom 3. April 1908 i. S. Benziger ca. Steger.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

29. *Stockwerkseigentum:* Das bern. Recht kennt es nicht.

Vögeli ca. Müller.

27. Juni 1907 (II. Abt.).

Entscheidungsgründe:

1. Parteien sind darüber einig, daß ihre Rechtsvorfahren Johann Vögeli, Schreiner, einerseits und Rudolf Ruprecht anderseits im Jahre 1838 auf Grund und Boden der

Digitized by Google

Burgergemeinde Laupen gemeinsam ein Haus erstellten und den fraglichen Hausplatz im darauffolgenden Jahre von genannter Burgergemeinde erwarben.

Schon von Anfang an wurde das gemeinsam erstellte Gebäude in der Weise von den Erstellern unter sich geteilt, daß, wie sich das Lagerbuch vom Jahre 1834 in einer Bemerkung ausdrückt, Vögeli das obere und Ruprecht das untere Stockwerk besaß. Und dieser Aufteilung entsprachen denn auch die rechtlichen Verfügungen über diese beiden Gebäudeteile. Wie nämlich in sämtlichen Vorbesitztiteln des Klägers der Verkäufer jeweilen dem Käufer verkauft: „Von einem in Rieg erbauten Wohnhaus zu Laupen ganz „unter Nr. 23 für Fr. 1700 brandversichert, den obern „Teil etc.", — so findet sich in den Titeln des Beklagten die entsprechende Beschreibung für den untern Teil des Gebäudes.

Aus diesen Angaben und speziell auch aus dem Umstande, daß der Grund und Boden im Gegensatze zu den Stockwerken ausdrücklich als unverteilt angegeben wird, ergibt sich, daß jeweilen nicht nur die Nutzung am Hause ausgeschieden wurde, sondern vielmehr auch das Eigentum an den einzelnen Gebäudeteilen ausgeschieden werden wollte, so daß schon zu Beginn *nach dem Willen der Rechtsvorfahren* der heutigen Parteien an den einzelnen Stockwerken getrenntes Eigentum bestand und nicht bloß Miteigentum am ganzen Hause, wie der Kläger annimmt. Damit übereinstimmend wurden die einzelnen Gebäudeteile in der Folge auch einzeln brandversichert und für sie getrennt die Grundsteuerschatzung festgesetzt.

2. Auf Grund des Festgestellten könnte somit dem Beklagten in der Tat darin beigepflichtet werden, daß vorliegend eine Teilungsklage infolge bereits erfolgter Teilung gegenstandslos sei, wenn sich nicht die Frage erhöbe, ob eine Teilung, wie sie im Willen der Parteien lag, d. h. eine Teilung nach Stockwerken, während der Grund und Boden unverteilt bleibt, nicht dem Sinn und Geiste des bernischen Rechtes widerspreche und von daher wirkungslos sei.

Diese Frage ist, dies mag zunächst allgemein vorausgeschickt werden, in den einzelnen Rechten von jeher verschieden beantwortet worden. Während die einen Rechte nämlich, und zwar vornehmlich diejenigen, die mit dem römischen Rechte und seinem Grundsatze superficies solo cedit

Digitized by Google

in enger Fühlung standen, zur unbedingten Ablehnung einer solchen Teilung gelangten und gelangen mußten, ließen andere Gesetzgebungen, dem deutschen Rechte folgend, eine Teilung nach Stockwerken zu. Dementsprechend findet man denn auch beide Strömungen im Herrschaftsgebiete des gemeinen Rechtes vertreten, in der Weise allerdings lokal getrennt, daß mit der Zeit die erstere in Norddeutschland vorherrschend geworden ist, die letztere dagegen in Süddeutschland (vgl. die entsprechende Gerichtspraxis in Seufferts Archiv, beispielsweise Bd. 34, S. 14, bezw. Bd. 46, S. 132, ferner Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Bd. 2, S. 56).

Von diesen beiden Auffassungen hat immerhin schließlich die römisch-rechtliche die Oberhand gewonnen, indem das deutsche B. G. B. ihr in seinem § 94 gefolgt ist, wie die Motive (Bd. III, S. 45) besagen, von der Erwägung ausgehend, daß die Teilung eines Hauses nach Stockwerken eine Quelle fortwährender Streitigkeiten bildete, für die es, anders als bei der Miete, kein Korrektiv gebe,

Was die schweizerischen Gesetzgebungen betrifft, so findet sich auch hier eine Verschiedenheit der Auffassungen, indem, wenn auch die römisch-rechtliche Ordnung die Regel bildet, doch in größerem Umfange von den einzelnen Rechten das Stockwerkeigentum anerkannt wird, mit dem Bewußtsein allerdings, daß damit eine lästige Erbschaft übernommen werde, die möglichst rasch liquidiert werden sollte (vgl. Huber, schweiz. Privatrecht, Bd. 3, S. 241 und die daselbst zitierten Gesetzgebungen; König, Kommentar zum bern. Civilgesetzbuch, Bd. 2, S. 86).

Das bernische Civilgesetzbuch tut des Stockwerkeigentums keine Erwähnung und bis dahin hat auch weder die Doktrin noch die Praxis sich mit ihm befaßt, ein Umstand, der nicht für eine große Verbreitung solcher Rechtsverhältnisse im Herrschaftsgebiete des bernischen Rechtes sprechen dürfte.

Muß es sich angesichts dieser Sachlage fragen, welche Ordnung im Sinn und Geiste unseres Rechtes liege, so kann im Hinblick auf die Satzungen 378 und 425 in Verbindung mit 345 C. keinem Zweifel unterliegen, — und dies ist denn auch sowohl von den Kommentatoren als von der Praxis ohne weiteres angenommen worden (vgl. König op. cit. S. 30 u. 166; Leuenberger, Vorlesungen über das bern. Privatrecht, 3. Lief., Bd. 2, S. 157; Zeitschrift des bern.

Digitized by Google

Juristenvereins Bd. 43, S. 87), — daß das bernische Recht, entsprechend seinem Vorbilde, dem österreichischen B. G. B. (vgl. Unger, österreichisches Privatrecht, Bd. 1, S. 430, 432), auf dem Boden des Grundsatzes superficies solo cedit steht. Dies bringt für das Grundpfandrecht speziell auch Satz. 487 C. zum Ausdruck und mit ihr überhaupt das ganze Hypothekarsystem, das, wie übrigens aller Verkehr mit Grund und Boden, nach bernischem Rechte zu seiner Grundlage wesentlich die Vermarchung und die Katastervermessung hat (vgl. Gesetz über das Vermessungswesen vom 18. März 1867; Verordnung über die Vermarchung der Flurparzellen vom 26. Mai 1869; Dekret über die Parzellarvermessungen im alten Kantonsteil vom 1. Dez. 1874, speziell § 6; Verordnung über die Nachführung des Katasters und die Erhaltung der Vermessungswerke vom 31. März 1900, speziell § 22). Dem Grundsatze nach ist somit auch das bernische Recht dem Stockwerkseigentum abgeneigt.

Nun ist allerdings in der Praxis von dem Grundsatze superficies solo cedit insofern eine Ausnahme gemacht worden, als die superficies anerkannt worden ist (vgl. Ztschr. b. J.-V. Bd. 24, S. 168) und gelegentlich zugelassen wurde (vgl. Ztschr. Bd. 2, S. 379, Bd. 6, S. 49, Bd. 12, S. 171), daß gewisse einzelne Gebäudeteile unverteilt blieben, während sonst das Gebäude reell geteilt war. Es ist aber einleuchtend, daß die Gründe, die für diese Ausnahmen gesprochen haben, nicht auch ohne weiteres für die Zulassung des Stockwerkeigentums zutreffen, in Bezug auf die superficies einmal nicht, weil diese ein Zusammenwohnen, wie das Stockwerkseigentum nicht bedingt, und hinsichtlich unverteilt gebliebener Gebäudeteile nicht, weil letztere der Natur der Sache nach gewissermaßen als Pertinenzen nicht verteilt werden konnten.

Da nun aber ohne dringende Notwendigkeit die Praxis nicht die Aufgabe besitzt, von gesetzlichen Grundsätzen Ausnahmen zu gestatten und ein solches Bedürfnis den bestehenden Verhältnissen nach keineswegs vorzuwalten scheint, so bleibt nach dem Gesagten für ein selbständiges Stockwerkeigentum nach der heutigen Gesetzgebung kein Raum und vermögen Parteien, da es sich um zwingende Vorschriften handelt (vgl. Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 43, S. 88; Unger op. cit. S. 434, Ziffer 4, Anm. 17), durch Parteiübereinkunft hieran nichts zu ändern, zumal es

Digitized by Google

sich, was zu betonen ist, um unter der Herrschaft des heutigen Civilgezetzbuches vorgenommene Rechtshandlungen handelt. Wie derartige Verhältnisse zu beurteilen wären, wenn sie unter der frühern Gesetzgebung begründet worden und althergebracht sind, braucht hier nicht erörtert zu werden.

Das fragliche Gebäude muß danach, wie der Grund und Boden, als im Miteigentum der Parteien stehend erachtet werden und es erscheint daher die Teilungsklage als begründet.

30. Bundesgesetz betr. die elektr. Schwach- und Starkstromanlagen (Art. 27): Wer ist bei Tötung einer Person berechtigt, auf Grund dieses Gesetzes Schadenersatzansprüche geltend zu machen?

Art. 52 O. R.

Gasser ca. Elektrizitätswerke Wynau.
10. September 1907 (I. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Das Bundesgesetz über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen, aus dem der Kläger eine Schadenersatzforderung geltend macht, schweigt sich vollständig darüber aus, wer als schadenersatzberechtigt gelten kann, sofern nicht der Verletzte selber in Betracht kommt; es ist also dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen, ob auch dritte Personen und welche Dritten auf Grund seiner Haftpflichtbestimmungen Schadenersatzansprüche geltend zu machen in der Lage sind. Allein, zieht man in Betracht, daß der ex lege Haftpflichtige nach den in der Haftpflichtgesetzgebung niedergelegten Grundsätzen als präsumtiv *aquilisch* Haftender anzusehen ist, und beachtet man ferner, daß das citierte Bundesgesetz an zwei Orten, nämlich für die Fälle der Sachbeschädigung infolge eines Brandes und für die Bemessung der Haftpflichtentschädigung, die Bestimmungen des Obligationenrechts als maßgebend bezeichnet hat, so wird man nicht fehl gehen, wenn man auch hinsichtlich der Person des Entschädigungsberechtigten auf die Bestimmungen der Art. 50 ff., speziell des Art. 52 O. R. abstellt. Danach kommen denn als Berechtigte diejenigen in Frage, die durch die Tötung ihren Versorger verloren haben. Und zwar ist dabei, wie das Bundesgericht in wiederholter Auslegung des Art. 52 O. R. festgestellt hat, nicht

Digitized by Google

schlechthin das tatsächliche Verhältnis zur Zeit des Todes entscheidend, sondern es ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, wie dasselbe sich im normalen Verlauf der Dinge gestaltet hätte, so daß, auch wenn der Getötete zur Zeit des Todes noch nicht für seine Familie sorgte, nach den Verhältnissen aber anzunehmen ist, daß er in Zukunft der Versorger und die Stütze derselben geworden wäre, ein Ersatzanspruch der Hinterlassenen aus Art. 52 begründet erscheint (vgl. B. G. E. Bd. XXII, p. 1226/27, Bd. XXIII², p. 1748, Bd. XVIII, p. 398, Bd. XVI, p. 816).

81. ***Mäklervertrag:*** **Kausalität zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Geschäftsabschluss? Notwendigkeit derselben? — Art der Mäkler-Tätigkeit.**

Tätigkeit zweier Mäkler: Welcher ist provisionsberechtigt?

von Wattenwyl ca. Hadorn.

18. September 1907 (I. Abt.).[1])

Tatbestand:

Der Kläger Hugo von Wattenwyl betreibt seit 1. Mai 1897 in Bern ein Agentur- und Verwaltungsbureau und befaßt sich gewerbsmäßig unter Anderem mit der Vermittlung von Liegenschaftsverkäufen und -Käufen. In dieser Eigenschaft als Mäkler erhielt er vom Beklagten Fritz Hadorn unterm 15. Dezember 1905 den folgenden Auftrag:

„Die Liegenschaftsagentur H. v. Wattenwyl in Bern, „Amthausgasse 3, wird hiedurch zum Verkaufe der nach„bezeichneten Liegenschaften beauftragt: . . . . .

„Bei Kauf oder Tausch durch die Agentur ist derselben „vom Auftraggeber eine Abschlußprovision von 1 %, schreibe „Ein Prozent, des Kauferlöses zu entrichten. Die Agentur „hat sich darüber auszuweisen, daß das Verkaufsobjekt von „ihr angegeben, offeriert oder empfohlen wurde, wogegen „der Verkäufer die Provision ohne Einsprache anzuerkennen „sich verpflichtet, wenn eine dieser Bedingungen von der „Agentur erfüllt ist, oder der Verkauf durch anderweitige „Betätigung derselben eingeleitet oder veranlaßt wurde.

„An die Publikationskosten vergütet der Auftraggeber „einen einmaligen Betrag von Fr. 50 (Fr. Fünfzig).

---

[1]) Der Entscheid wurde vom Bundesgericht wesentlich aus den nämlichen Motiven bestätigt.

Digitized by Google

„Kündigung: Der Auftrag ist auf 30 Tage kündbar. „Nicht betroffen hiervon werden alle während der Vertrags- „zeit laut vorstehenden Bedingungen von der Agentur eingeleiteten Kaufsunterhandlungen, bezw. es bleibt die Pro- „vision auch bei nachträglichem daraus entstehendem Kauf- „abschluß zahlbar."

Entscheidungsgründe:

1. Es ist im vorliegenden Prozesse nicht streitig, daß zwischen dem Kläger und dem Beklagten der im Vorstehenden wörtlich wiedergegebene Mäklervertrag abgeschlossen wurde, und es steht im weiteren prozedürlich fest, daß der Beklagte zwei der Häuser, deren Veräußerung der Kläger gemäß diesem Vertrage vermitteln sollte, um den Preis von Fr. 200,000 an den Kaufmann Safft verkauft hat. Fraglich und bestritten ist nur, ob dieser Verkauf *durch die Vermittlung* des Klägers zustande gekommen, also auf die Tätigkeit des Klägers als Mäkler kausal zurückzuführen sei, und sodann, ob diese *Kausalität überhaupt notwendig* sei, damit der Kläger seine Provision verlangen dürfe.

2. Der Kläger v. Wattenwyl scheint nämlich nach seinem Prozeßanbringen, sowie nach seinem heutigen Vortrage in erster Linie auf dem Standpunkte zu stehen, daß er die Mäklerprovision zu fordern berechtigt sei, sofern er nur nachzuweisen vermöge, daß die verkauften Liegenschaften dem Käufer durch seine Agentur *angegeben, offeriert oder empfohlen* worden seien, wobei nichts darauf ankomme, ob die Veräußerung wirklich auf dieser Tätigkeit oder aber auf anderen Umständen beruhe. Zur Begründung dieses seines Standpunktes stützt sich der Kläger auf den Wortlaut des zwischen ihm und dem Beklagten abgeschlossenen Vertrages (Art. 13), der ja in der Tat bei wörtlicher Interpretation eine Deutung im Sinne des Klägers zuläßt. Allein eine nähere Prüfung ergibt die Unrichtigkeit der klägerischen Auffassung.

Auf das vorliegende Vertragsverhältnis kommen, da der Kanton Bern keine besondern gesetzlichen Bestimmungen über den Mäklervertrag aufgestellt hat, die Vorschriften des Obligationenrechts über das Mandat zur Anwendung. Wie nun das Bundesgericht in vielfachen Entscheiden festgestellt hat, ist auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen nach dem Wesen des Mäklervertrages anzunehmen, daß der Maklerlohn nur verdient ist, wenn das Zustandekommen des

Digitized by Google

vom Auftraggeber abzuschliessenden Geschäftes *durch die Tätigkeit des Maklers herbeigeführt* worden ist, m. a. W. wenn ein Kausalnexus zwischen dieser Tätigkeit und dem Geschäftsabschluß besteht (vgl. Revue der Gerichtspr., Bd. 16, Nr. 11 und dort zitierte Entscheide, B. G. E. Bd. XXVI^2, Nr. 72, Staub, Kommentar, 4. Aufl., p. 137). Dieser Grundsatz muß überall da gelten, wo zwischen den Vertragsparteien keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden. Vorliegend ist deshalb zu untersuchen, ob der Kläger, dem ein dahingehender Beweis obliegen würde, das Bestehen derartig abweichender Vertragsbestimmungen nachzuweisen vermochte oder nicht. Dabei ist denn wesentlich, daß eine solche Abweichung von demjenigen, was sich aus dem Wesen des Mäklervertrages als Regel ergibt, jedenfalls *deutlich* in den vertraglichen Abmachungen zum Ausdruck gelangt sein muß, soll sie als erwiesen gelten. Eine allfällige Undeutlichkeit in der Fassung des Vertrages müßte überdies auch deshalb zu Ungunsten des Klägers sprechen, weil dieser den Vertrag abgefaßt hat und daher unklare Vertragsbestimmungen, über deren Auslegung sich zwischen den Parteien Streit erhebt, im Zweifel gegen sich gelten lassen muß.

Der Eingang der vorliegend in Betracht fallenden Vertragsklausel verlangt nun allerdings vom Mäkler nur den Ausweis darüber, „daß das Verkaufsobjekt dem Käufer von ihm angegeben, offeriert oder empfohlen wurde, wogegen“ — wie es weiter heißt — „der Verkäufer die Provision ohne Einsprache anzuerkennen sich verpflichtet;“ diesem Passus, den der Kläger zur Unterstützung seiner Auffassung vornehmlich anruft, folgt nun aber der bedingende Nachsatz: „wenn eine dieser Bedingungen von der Agentur erfüllt ist, oder der Verkauf *durch anderweitige Betätigung derselben* eingeleitet oder veranlaßt wurde.“ Dieser Nachsatz aber, sowie der Schlußpassus „auch bei nachträglichem, *daraus entstehendem* Kaufabschluß“, enthalten einen deutlichen Hinweis darauf, daß die Tätigkeit des Mäklers, und zwar auch das Offerieren, Angeben u. s. w. (vgl. das „anderweitige“) kausal zur Veräußerung des Objektes sein muß. Jedenfalls müßte, wenn in der Faßung des Vertrages nicht so viel gesehen werden könnte, doch gesagt werden, daß eine Willensmeinung der Parteien, wonach die Notwendigkeit des Kausalzusammenhangs *ausgeschlossen* werden sollte, *nicht deutlich* zum Ausdruck gekommen ist. Sie darf also der Auslegung des Vertrages nicht zu Grunde gelegt werden.

Digitized by Google

Dies umsoweniger, als der — allerdings nicht ganz unverdächtige — Zeuge Klar aussagt, er habe als Prokurist des Klägers bei den Verhandlungen mit dem Beklagten über den Vertrag dem Beklagten erklärt, Wattenwyl werde nur dann Anspruch auf die Vermittlerprovision erheben, wenn seine Tätigkeit für das Zustandekommen des Geschäftes kausal gewesen sei.

Nach dem Ausgeführten erweist sich der erste Standpunkt des Klägers, wonach zur Begründung seiner Klage ein Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen seiner Vermittlertätigkeit und der Veräußerung der in Frage stehenden Liegenschaften nicht notwendig sei, als unbegründet und ist davon auszugehen, daß dieser Kausalnexus vorliegen und bewiesen sein muß, soll die Klage zugesprochen werden.

3. Bei Prüfung der Frage, ob dem Kläger ein Beweis in dieser Richtung gelungen sei, ist einmal festzuhalten, daß *keinerlei* rechtliche, sondern höchstens in gewissen Fällen eine tatsächliche *Vermutung* für diesen Kausalzusammenhang besteht, wenn die Bemühungen des Mäklers einerseits und die Perfektion des Geschäftes andererseits feststehen (vgl. Staub, Kommentar, 4. Auflage, pag. 137). Es muß also, wenn, wie im vorliegenden Falle, Tatsachen vorgebracht sind, die hierüber Zweifel aufkommen lassen, ein vollständiger Beweis für die Existenz des Zusammenhangs erbracht werden.

Der Kläger hat sich im vorliegenden Falle um die Herstellung dieses Beweises nicht sehr bemüht, sondern sich lediglich darauf beschränkt, die Behauptungen des Beklagten, die dartun sollten, daß ein Kausalnexus *nicht* bestehe, zu verneinen. Er hat auch in der Replik keinerlei Tatsachen vorgebracht, die als Glieder in der — nach den Anbringen der Verteidigung unterbrochenen — Kausalkette zwischen seiner Tätigkeit und dem Verkauf der Häuser angesehen werden könnten, ja, er hat die bezügliche Kausalität nicht einmal expressis verbis *behauptet*. Bei dieser Sachlage könnte es sich fragen, ob nicht die Klage einfach mangels Substantiierung abzuweisen sei.

Allein es soll bei Beurteilung des vorwürfigen Rechtsstreites nicht darauf abgestellt, sondern der ganze Tatbestand beigezogen werden, wie er sich namentlich aus den Behauptungen des Beklagten und der daherigen Beweisführung ergibt.

Es ist gewiß in vielen Fällen richtig, daß der Makler

Digitized by Google

seinen Lohn verdient hat, wenn er auch nur das Kaufsobjekt dem zukünftigen Käufer nannte, indem allein damit schon der Kausalnexus zwischen der Vermittlertätigkeit und dem Vertragsabschluß gegeben sein kann. Dies wird dann zutreffen, wenn es einer weiteren Mitwirkung des Maklers nicht bedurfte, um den Konsens zu erzielen (vgl. Staub, Kommentar a. a. O.). Allein der vorliegende Fall liegt durchaus nicht derart. Wie sich aus der Beweisführung ergibt, traten die beiden späteren Vertragskontrahenten auf Veranlassung und unter Mitwirkung des Angestellten des Klägers in Verhandlungen über die Veräußerung, bezw. den Erwerb der in Frage stehenden Liegenschaften. Dabei trat denn auch sogleich die Besonderheit des Falles hervor. War nämlich auch die Absicht des Verkäufers einfach die, seine Liegenschaften zu einem möglichst günstigen Preise loszuschlagen, so ging andererseits der Wille des in Aussicht genommenen Käufers nicht bloß auf Erwerbung der Häuser des Hadorn, sondern dazu noch, und vielleicht in erster Linie, auf die Veräußerung seines Bauterrains. Es war also nicht einfach ein Erwerber da, dem die zu veräußernden Objekte dienten und der nur darnach strebte, sie zu einem möglichst billigen Preise zu erhalten, sondern der Erwerber selbst hatte Liegenschaften an den Mann zu bringen und wollte die Veräußerung derselben mit der Erwerbung der Häuser zu einer Spekulation verbinden. Da galt es denn für den Makler, eine geschickte Kombination zu finden, die den Interessen der beiden Spekulanten in gleichem Maße diente und wobei nicht nur die Wertung der gegenseitig zu veräußernden Objekte, sondern offenbar auch die Forderung, daß von keiner Seite ein zu großer Betrag in Bargeld eingelegt werden mußte und — damit zusammenhängend — die Belastung der Liegenschaften durch Hypotheken von ausschlaggebender Wichtigkeit war. Daß dem so ist, erhellt daraus, daß bei der zweiten Kombination, die zum Vertragsabschluß führte, die Wertung der vom Beklagten zu verkaufenden Häuser genau die nämliche war, wie bei dem ersten Vertragsentwurf, der gescheitert war. Es genügte also im vorliegenden Falle nicht, den beiden Kontrahenten *die Gelegenheit zu zeigen*, sondern es war vor allem nötig, ihnen das „wie" der Veräußerung ihrer Liegenschaften mundgerecht zu machen, m. a W. es bedurfte, um den Konsens der Parteien herbeizuführen, damit der Kausalzusammenhang zwischen dem Vertragsabschluß und dem Handeln des Mak-

Digitized by Google

lers gegeben sei, einer *eigentlichen Vermittlertätigkeit*, die über das Zusammenführen der Parteien hinausging. Die Frage ist nun, ob der Kläger diese Tätigkeit geleistet hat, in der Weise geleistet hat, daß sie den Vertragsabschluß bewirkte.

Diese Frage ist zu verneinen. Die Beweisführung hat ergeben, daß das Geschäft, wie es die Agentur von Wattenwyl, d. h. deren Angestellter Klar, den Parteien vorschlug, ein wesentlich anderes war als dasjenige, das Paul Klar als selbständiger Makler, nach seinem Austritt aus den Diensten Wattenwyls, ihnen proponierte und das dann von den Parteien eingegangen worden ist. Nach dem ersten Vorschlag sollte Hadorn drei Häuser, nach dem zweiten nur deren zwei hergeben; dafür sollten die Häuser nach dem ersten Vorschlag mit zweiten Hypotheken belastet werden, was dem Erwerber Safft nach dessen Aussagen namentlich mißfiel und was in der zweiten Kombination dann beseitigt wurde. So bewegte sich also die Tätigkeit des Maklers im zweiten Falle auf neuen Wegen, es wurde von ihm auf neuer Grundlage ein neues Geschäft in die Wege geleitet. Die Vermittlertätigkeit, die zum Abschluß des Vertrages führte, war diejenige des Paul Klar zur Zeit als er selbständig und nicht mehr als Angestellter der Firma Wattenwyl handelte, und zwar einzig diese; denn da die Grundlagen des Vertrages bei den zweiten Verhandlungen wesentlich neue waren, so kann nicht etwa in diesen späteren Verhandlungen einfach eine Fortführung der ersten erblickt werden. Dies umsoweniger, als ja, wie prozedürlich nachgewiesen ist, der Erwerber Safft die ersten Verhandlungen definitiv und ausdrücklich abbrach, so daß das Geschäft von Klar, als er selbständig geworden war, gänzlich neu aufgenommen werden mußte. Es kann nicht einmal insoweit eine notwendige Anknüpfung der späteren Verhandlungen an die früheren als nachgewiesen gelten, daß gesagt werden müßte, Klar habe aus diesen früheren Verhandlungen die Kenntnis geschöpft, daß Safft möglicherweise zu dem Geschäft zu haben sei; ist doch festgestellt, daß Klar den Safft nicht nur von seiner Tätigkeit auf der Agentur Wattenwyl her, sondern auch aus persönlichem Verkehr kannte.

Ein anderer also, als der Kläger oder sein Angestellter, nämlich Klar als selbständiger Makler, hat vorliegend die entscheidende und einzig wesentliche Vermittlertätigkeit entfaltet; dieser hat, wenn nicht alle, so doch die entscheidenden

Digitized by Google

Bedingungen für den Abschluß des fraglichen Kaufvertrages gesetzt; eine neue Kausalreihe hat mit der auf neuer Grundlage sich aufbauenden Tätigkeit Klars nach seinem Austritt aus den Diensten des Klägers begonnen. Der Kausalnexus zwischen dem Handeln Klar's als Angestelltem des Klägers und dem Vertragsabschluß ist durchbrochen worden (vgl. B. G. E. Bd. XXVI², p. 576/77). Daß auch ein anderer, als der Kläger, als Makler zur Vermittlung der dem Kläger übertragenen Geschäfte auftreten durfte, bezw. daß der Beklagte befugt war, sich neben dem Kläger auch noch eines anderen Maklers zu bedienen, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Rechte des Klägers wären bloß dann verletzt, wenn die Uebertragung der Vermittlung an Klar durch den Beklagten arglistigerweise, um den Kläger seines Provisionsanspruches zu berauben, geschehen wäre. Das ist aber weder behauptet noch nachgewiesen worden.

4. Nach dem bisher Ausgeführten kann von einem Anspruche des Klägers auf Provision keine Rede sein. Es könnte ihm auch nicht etwa — unter der Annahme, daß seine, bezw. seines Angestellten Tätigkeit doch etwas, wenn auch nicht entscheidend und hauptsächlich, zur Herbeiführung des Vertragsabschlusses beigetragen habe — *ein Teil* der geforderten Provision zuerkannt werden, indem das Bundesgericht in seinem Entscheide i. S. Brupbacher gegen Ulrich (A. S. Bd. XXVI², Nr. 72) eine Teilung des Provisionsanspruches beim selbständigen Handeln mehrerer Mäkler grundsätzlich als nicht zuläßig erklärt hat, und einzig den Makler, der *die entscheidenden* Bedingungen für das Zustandekommen des Vertrages gesetzt hat, als provisionsberechtigt betrachtet.

32. Spolienklage (Satzg. 371 C. G. B.): Verdrängung aus dem Besitz durch Gewalt.

Uetz ca. Marbot.

24. September 1907 (I. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Das erste Klagsbegehren ist nach Satz. 371 C. G. B. begründet, sofern der Kläger seine Behauptung, daß er mit Gewalt aus diesem Besitze gedrängt worden sei, erwahrt hat.

Bei Prüfung der Frage nach dem Vorhandensein dieser letzteren Prämisse ist davon auszugehen, daß ein Verdrängen „mit Gewalt“ im Sinne der Satz. 371 C. G. B. nicht etwa

Digitized by Google

bloß dann vorliegt, wenn die Räumung des Besitzes durch Anwendung physischer Macht erzwungen wird, sondern jedesmal dann, wenn Eigenmacht vorliegt, d. h. wenn dem Besitzer *gegen* oder *ohne* seinen Willen der Besitz entzogen wird. (Vgl. König, Bd. II, pag. 72; Zeitschr. für vaterl. Recht Bd. VI, p. 106; Monatsbl. für bern. Rechtspr. Bd. VII, p. 77 ff.; Seuff. A. Bd. 37, p. 290.)

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

26. Widerhandlung gegen § 14 des Wirtschaftsgesetzes vom 15. Juli 1894.

Polizeikammer, i. S. Friedrich Tschabold, vom 21. Sept. 1907

Aus den Entscheidungsgründen:

„§ 14 des Wirtschaftsgesetzes bestimmt, daß die Direktion des Innern gegen eine Gebühr von Fr. 50 bis 500 an Bauunternehmer und andere Arbeitgeber eine Bewilligung zur Verabfolgung von Speisen und Getränken ausschließlich an ihre Arbeiter erteilen könne, wenn dies wegen der Entfernung von einer Wirtschaft notwendig erscheint und kein Erwerb daraus gemacht wird. Zugleich aber wird das Feilbieten und Ausschenken von geistigen Getränken auf Arbeitsplätzen, welche keine Bewilligung hiefür besitzen, untersagt.

Tschabold hat zugestandenermaßen keine Bewilligung zum Verabfolgen von Speisen und Getränken auf Arbeitsplätzen und ist zudem weder Bauunternehmer noch Arbeitgeber, er hat einfach die Aufsicht über die Arbeiter und vermittelt die Lieferung des Bieres. Die eingeklagte Handlung des Angeschuldigten charakterisiert sich zweifelsohne als ein Feilbieten von geistigen Getränken. Die Voraussetzungen dieser Widerhandlung gegen § 14 lit. c. sind somit gegeben, Tschabold muß deshalb dieser Uebertretung schuldig erklärt werden. Gleichgültig ist hiebei, ob der Angeschuldigte in Quantitäten über oder unter zwei Liter verkauft hat. Der Vorderrichter hat nach der Ansicht des Gerichtshofes zu Unrecht aus den Verhandlungen des Großen Rates den Schluß gezogen, daß eine Widerhandlung gegen den vorerwähnten § 14 nur vorliege, wenn ein Bierbrauer ohne

Digitized by Google

Bewilligung den Arbeitsplätzen nachfahre und Bier verabfolge. Der Gesetzgeber wollte mit der Bestimmung des § 14 (Erfordernis einer Bewilligung) zum Schutze der Gesundheit der Arbeiter eine Kontrolle des Bierkonsums auf den Arbeitsplätzen schaffen, um den bis zum Erlaß des Wirtschaftsgesetzes üblichen unvernünftigen Bierkonsum auf den Arbeitsplätzen zu verunmöglichen, deshalb hat er *jedes* Feilbieten von geistigen Getränken ohne Bewilligung untersagt, ganz gleichgültig, ob dasselbe direkt von der Brauerei oder durch eine Drittperson ausgeübt werde. Wollte man zulassen, daß irgend ein Arbeiter von der Brauerei Bier beziehen und ohne irgend welche Kontrolle dasselbe an die Mitarbeiter verabfolgen dürfte, so wäre der sozialpolitische Zweck des § 14 vollständig illusorisch."

27. Die Bestimmung des Art. 59 O. R., wonach der Richter, der über die Frage des an den Geschädigten zu leistenden Ersatzes zu entscheiden hat, weder an die strafrechtlichen Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit noch an eine Freisprechung durch das Strafgericht gebunden ist, gilt auch für den Adhäsionsprozess.

Polizeikammer, i. S. Hirsbrunner und Kons. wegen Misshandlung, vom 26. September 1907.

28. Ein Ueberweisungsbeschluss, der zwar die sachlich, nicht aber die *örtlich* zuständige Behörde bestimmt, wird von Amtes wegen kassiert.

Polizeikammer, i. S. Fahrni, wegen Unterschlagung, vom 2. Oktober 1906.

29. Prozessfähigkeit der Ehefrau. Eine verheiratete, nicht güterrechtlich getrennte Frauensperson bedarf der Vertretung durch den Ehemann, um als *Zivilbeklagte* vor Gericht auftreten zu können.

Polizeikammer, i. S. Lina Büttikofer geb. Egger, vom 5. Oktober 1907.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Aus den Akten ergibt sich, daß Frau Büttikofer geb. Egger, die Ehefrau des Jakob Büttikofer, Wirt in X., ist. Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß zwischen den Eheleuten Büttikofer eine güterrechtliche Trennung stattgefunden hat, muß angenommen werden, daß Frau Bütti-

Digitized by Google

kofer als eine in der Ehe lebende Weibsperson gemäß den Bestimmungen des bernischen ehelichen Güterrechts unter der ehelichen Vormundschaft ihres Ehemannes steht. Sie bedurfte somit um als Zivilbeteiligte vor Gericht auftreten zu können, der Vertretung durch ihren Ehemann.

Den Akten ist nun ferner zu entnehmen, daß im vorliegenden Verfahren vor erster Instanz eine Mitwirkung des Ehemannes Büttikofer nicht stattgefunden hat. Frau Büttikofer wurde sowohl als Angeschuldigte wie als Zivilbeklagte von der Zivilpartei Albert Bandi persönlich und unvertreten ins Recht gefaßt. Weder die Zivilpartei noch der urteilende Richter haben die Vorladung des Ehemannes Büttikofer zur Hauptversammlung verlangt, persönlich und unvertreten wurde Frau Büttikofer denn auch zu einer Entschädigung von Fr. 80 und zu Fr. 55 Interventionskosten an die Zivilpartei Bandi verurteilt. Frau Büttikofer hat dagegen, soweit es die Zivilinteressen betrifft, mit Handen ihres Ehemannes die Appellation erklärt und im heutigen Termine Anträge gestellt.

2. Aus dem Angeführten ergibt sich, daß sich am vorliegenden Verfahren in erster Instanz eine hinsichtlich ihrer Zivilinteressen prozeßunfähige Person als Partei beteiligt hat und vom Richter als Partei behandelt worden ist. Dies bedeutet aber nach feststehender Praxis der Polizeikammer eine Verletzung wichtiger prozessualischer Grundsätze und führt zur Kassation der betreffenden Verhandlungen und des an diese Verhandlungen sich anschließenden Urteils. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Bruni vom 24. Januar 1900, i. S. Marie Bähni vom 3. September 1904, Zeitschrift des bern. Jur.-Vereins, Bd. XLI, S. 328, i. S. Seiler vom 8. Februar 1905, i. S. Dänzer vom 3. Mai 1906, Zeitschrift Bd. XLII, 43, i. S. Lina Büttikofer geb. Egger vom 19. Mai 1906, i. S. Samuel Kehr vom 18. März 1907.) Wie die Polizeikammer in den angeführten Entscheiden erkannt hat, ist die Prozeßfähigkeit der Parteien nicht nur auf Einrede hin, sondern von Amtes wegen zu prüfen.

Aus diesen Gründen muß das Urteil des Polizeirichters von Büren vom 20. Mai 1907 und die demselben vorausgegangene Hauptverhandlung von Amtes wegen kassiert werden und zwar nach der Praxis des Gerichtshofes im *ganzen Umfange,* nicht nur in Bezug auf den Zivilpunkt, wie die Angeschuldigte beantragt.

Die vorliegende Strafsache wird zu besserer Behandlung an den Polizeirichter von Aarberg gewiesen."

Digitized by Google

30. Zur Frage der Konkursdeliktsfähigkeit.

Polizeikammer, i. S. Peter Thöni., wegen betrügerischen Konkurses, vom 5. Oktober 1907

Entscheidungsgründe:

„1. Nach dem Beweisergebnis steht somit fest, daß Thöni Ende Januar 1907 von X. weggereist ist, im Bewußtsein, seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen zu können, im weitern steht fest, daß der Angeschuldigte einen Betrag von Fr. 400.— aus der Ladenkasse mitgenommen hat und daß sowohl er, wie seine Frau den Aufenthaltsort geheim hielten.

2. Dieses Beweisergebnis ist in rechtlicher Hinsicht wie folgt zu würdigen:

Es steht außer allem Zweifel, daß Thöni als zahlungsunfähiger Schuldner angesehen werden muß. Die Wegnahme der Fr. 400.— sodann qualifiziert sich als Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen. Der Betrag von Fr. 400.— bildete für Thöni in der damaligen Finanzlage einen wesentlichen Bestandteil, wenn nicht den Hauptbestandteil seines Aktivvermögens. Thöni mußte wissen, daß seine Gläubiger vor allem in diesem Vermögensbestandteil ihre Befriedigung finden konnten. Der Angeschuldigte hat durch die Wegnahme der Fr. 400.— seine Insolvenz vergrößert und den Gläubigern diejenigen Vermögensobjekte entzogen, auf denen sie teilweise Befriedigung ihrer Forderungen finden konnten, und damit die Gläubiger in ihren Gläubigerrechten verletzt. Durch die Beseitigung und Verheimlichung der Fr. 400.— zu eigenem Verbrauche, ist die Absicht, die Gläubiger zu schädigen, genügend erwiesen.

Es bleibt einzig zu untersuchen, ob der Angeschuldigte, welcher der Konkursbetreibung nicht unterliegt, Subjekt des eingeklagten Deliktes sein könne. Die Verteidigung hat die Frage der Konkursdeliktsfähigkeit des Angeschuldigten in verneinendem Sinne beantwortet, mit der Begründung, ein Konkursdelikt könne erst mit dem Augenblick begangen werden, in welchem der Konkurs über den Delinquenten ausgebrochen ist, nun unterstehe aber der Angeschuldigte einerseits der Konkursbetreibung nicht und andererseits sei der Konkurs (gestützt auf Art. 190, Ziffer 1 B. u. K.) erst nach dem eingeklagten Vorfalle über den Angeschuldigten verhängt worden.

Digitized by Google

Die Polizeikammer kann sich der von der Verteidigung vertretenen Auffassung nicht anschließen.

Das Gesetz spricht beim betrügerischen Konkurs ganz allgemein vom „zahlungsunfähigen" und von dem „sich als zahlungsfähig ausgebenden Schuldner", einen Unterschied zwischen den der Konkursbetreibung unterliegenden Personen und denjenigen, gegen welche unter bestimmten Umständen der Konkurs ohne vorgängige Betreibung verhängt werden kann, macht das Gesetz nicht. Nach der wörtlichen Interpretation des § 44 des Einführungsgesetzes zum B. u. K. kann sich also sowohl der der Konkursbetreibung unterliegende Schuldner, wie derjenige, gegen den gemäß Art. 190 oder 191 B. u. K. der Konkurs verhängt wird, des betrügerischen Konkurses schuldig machen.

Daß die Ansicht des Gerichtshofes zutreffend ist, ergibt sich aber noch aus einem andern Gesichtspunkte, als dem der wörtlichen Interpretation.

Das verletzte geschützte Rechtsgut bei einem Konkursdelikt ist das Recht der Gläubiger, aus dem Vermögen des Schuldners vollständig oder möglichst vollständig und schließlich wenigstens gleichmäßig, d. h. nach Vorschrift der Konkursordnung, befriedigt zu werden. (Vgl. E. Zürcher, die Strafbestimmungen zum B. u. K., Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. II, S. 318.) Da sich dieses Gläubigerrecht erst im Konkurse verwirklichen kann, so ist das Konkursdelikt erst mit dem Augenblicke vollendet, in welchem der Konkurs ausgebrochen ist, andererseits aber werden gewisse Handlungen, die vor dem Konkursausbruche erfolgen und den Konkurs vorbereiten, vom Gesetz unter Strafe gestellt, so auch beim betrügerischen Konkurs, wenn der Schuldner in Voraussicht eines kommenden Konkurses seine Insolvenz durch Beseitigung oder Verheimlichung von Aktiven vergrößert oder herbeiführt. Solcher dem Konkursausbruche vorangehender Handlungen kann sich aber sowohl der der Konkursbetreibung unterliegende Schuldner wie derjenige, über den in der Folge gestützt auf Art. 190 oder 191 B. u. K. der Konkurs verhängt wird, schuldig machen, letzterer muß daher ebenfalls dem Konkursstrafrecht unterstellt werden, sobald zur Zeit der Handlung die Möglichkeit, in Konkurs zu geraten, genügend hergestellt ist. Diese Möglichkeit ist aber im vorliegenden Falle genügend hergestellt: der Schuldner reiste, weil ihm die Verhältnisse über den Kopf gewachsen waren und er den Verpflichtungen nicht mehr nachkommen

Digitized by Google

konnte, mit einem ansehnlichen Barbetrage ab und ließ über seinen Aufenthaltsort nichts verlauten. Die Voraussetzungen zur Konkurseröffnung nach Art. 190 B. u. K. waren gegeben, es brauchte nur ein Gläubiger ein dahinzielendes Begehren zu stellen.

Es sind somit in casu sämtliche Merkmale und Voraussetzungen des eingeklagten Deliktstatbestandes gegeben. Thöni wird demnach des betrügerischen Konkurses schuldig erklärt."

31. Bundesgesetz betreffend die Fischerei. Widerhandlung gegen Art. 16, lit. c. Es ist für den Tatbestand dieser Widerhandlung gleichgültig, mit welchen Fischereigeräten die „untermässigen" Fische gefangen werden.

Polizeikammer, i. S, Rudolf Marti und Fritz Burri, vom 9. Oktober 1907.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Der Polizeirichter von Büren gelangte in seinen Erkenntnissen vom 1. Juni 1907 zu einer Freisprechung der Angeschuldigten Marti und Burri von der Anschuldigung auf Widerhandlung gegen das B. G. betr. die Fischerei, indem er annahm, daß sich Art. 16 des Fischereigesetzes nur auf den Netzfischfang beziehe.

2. Die Polizeikammer kann sich der vom Vorderrichter vertretenen Auffassung nicht anschließen; die von ihm gemachte Unterscheidung zwischen dem Fischfang mit Netzen und demjenigen mit der Angel ist nicht haltbar.

Art. 16 lit. c. bestimmt: „Werden beim Fang von Fischen, welche der Schonzeit nicht unterliegen, Fische der in Art. 9 und 11 genannten Arten, oder untermässige Fische *mitgefangen*, so sind dieselben sofort wieder ins Wasser zu setzen." Aus dem Worte „mitgefangen" folgert der Polizeirichter von Büren, daß der Gesetzgeber den Art. 16 nur auf die Netzfischerei angewendet wissen wollte. Mitfangen bedeute einen gleichzeitigen Fang von mehreren Fischen, ein solcher sei aber nur mittelst Netzen möglich, denn mit der Angel werde nur ein Fisch nach dem andern gefangen. Diese Auslegung kann sich nach der Auffassung der Polizeikammer weder auf den Wortlaut, noch auf die ratio legis stützen. Das Gesetz spricht mit keinem Worte etwas davon, daß mehrere Fische *gleichzeitig* mit einem einzigen Fischereigerät gefangen werden müssen, um den Tatbestand der ein-

Digitized by Google

geklagten Widerhandlung zu erfüllen, sondern der Ausdruck „mitgefangen" bezieht sich selbstverständlich auf die Dauer des Fangs, also auf die Gesamtheit der während eines länger dauernden Fischfanges gefangenen Fische. Es ist daher vollständig gleichgültig, mit welchen Fischereigeräten die untermässigen Fische gefangen werden, ob mit der Angel, dem Netze oder irgend einem andern Fangapparate. Die Einschränkung der Vorschrift des Art. 16 auf das Fischen mit Netzen hat übrigens gar keinen vernünftigen Sinn und widerspricht der ratio legis des Bundesgesetzes. Es kommt ja oft vor, daß mit dem Netz nur ein einziger Fisch mit einem Zug gefangen wird, andererseits können mit Angelgeräten, wie Grundschnur oder Zugangel, welche mehrere Angel besitzen, eine der Anzahl der Angeln entsprechende Menge Fische mit einem Zuge gefangen werden. (Vgl. Schreiben der Forstdirektion an das Richteramt Büren vom 15. April 1907.) Das Bundesgesetz bezweckt die Hebung und Erhaltung des Fischbestandes; mit diesem gesetzgeberischen Zwecke läßt sich aber die Auslegung des erstinstanzlichen Richters nicht vereinbaren.

Die Angeschuldigten Marti und Burri werden deshalb der eingeklagten Widerhandlung schuldig erklärt."

32. Nach den geltenden Grundsätzen der Doktrin und Praxis kann eine juristische Person oder ein Verein nicht strafrechtlich verfolgt werden, sondern es müssen die Organe oder Vertreter dieser Verbände zur Rechenschaft gezogen werden, wenn und soweit ihnen ein Handeln im Sinne einer Gesetzesverletzung nachzuweisen ist.

Polizeikammer, i. S. Rudolf Scheidegger, wegen Widerhandlung gegen das Sonntagsruhereglement der Gemeinde Bolligen, vom 16. Oktober 1907.

33. Dem *Angeschuldigten* wird die Einsicht in die Akten einer aufgehobenen Untersuchung gestattet.

Beschluss der Anklagekammer in der Beschwerdesache des Friedrich Hofer, vom 17. Oktober 1907. (Gleichlautender Entscheid i. S. Georg Schnegg, vom nämlichen Tage.)

34. Zum Tatbestand des Hausfriedensbruches. Das Moment des widerrechtlichen Verweilens.

Polizeikammer, i. S. B., vom 25. Oktober 1907.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen:

„Es ist unbestritten, daß die Bahnbeamten zur Aufforderung, sich aus den Bahnhofräumlichkeiten zu entfernen, berechtigt sind.

Das Verhalten des Angeschuldigten qualifiziert sich als ein widerrechtliches Verweilen.

Mit der Aufforderung, die Bahnhofräumlichkeiten zu verlassen, war der Wille des Verfügungsberechtigten, daß er ein längeres Verweilen im Bahnhof nicht dulde, erkennbar ausgedrückt. Zu einem längeren Verweilen trotz der Aufforderung hatte der Angeschuldigte keine Befugnis, d. h. keine förmliche Berechtigung, es stand ihm weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Recht zu, auch wider den Willen des Inhabers des Hausrechtes im Bahnhofe zu verweilen. B. war demnach verpflichtet, auf die Aufforderung der Bahnbeamten hin, sich sofort zu entfernen. Es ist zu untersuchen, ob der Angeschuldigte dies tat. Der Generalprokurator machte im heutigen Termine geltend, daß der Angeschuldigte gar nie die Absicht gehabt hätte, im Bahnhofe zu bleiben, sondern daß er — wenn auch vielleicht etwas zögernd — bereit war, wegzugehen. Es ist klar, daß der Hausfriedensbruch erst mit dem, trotz der Aufforderung, sich zu entfernen, *fortgesetzten* Verweilen vollendet ist, und daß in jedem einzelnen Falle untersucht werden muß, ob das fortgesetzte Verweilen durch die Absicht, dem Willen des Auffordernden zu widerstreben, bestimmt sei. (Vgl. in dieser Hinsicht auch Hälschner, das gem. dt. Strafrecht.) Im vorliegenden Falle läßt das Verhalten des Angeschuldigten nach der Auffassung der Rekursinstanz keinen Zweifel darüber aufkommen, daß das Verweilen durch die Absicht, der Aufforderung der Bahnbeamten Widerstand entgegenzusetzen, bestimmt war. Die Aufforderung des Portiers, sich aus der Restauration zu entfernen, schloß selbstverständlich auch die Aufforderung in sich, die Bahnhofräumlichkeiten überhaupt auf dem kürzesten Wege zu verlassen. Statt dieser Aufforderung nachzukommen, zog der Angeschuldigte mit seinen Begleitern singend und gröhlend nach dem Pissoir, auf die erneuerte Aufforderung wegzugehen, verlangten B. und W. durch das bereits geschlossene Hauptportal hinausgelassen zu werden. B. ging sogar soweit, daß er gegen den Beleuchtungswärter A., der ihn am Arm ergriffen hatte, mit dem Stocke einen Schlag führen wollte, welchen A. aber abwehren konnte. Schließlich mußte B. vom Portier

Digitized by Google

mit Gewalt aus der Bahnhofhalle entfernt werden. Dieses Verhalten zeigt mit aller wünschenswerten Deutlichkeit die Absicht des Angeschuldigten, der Aufforderung der Bahnbeamten Widerstand entgegenzusetzen. Das Vorgehen des Angeschuldigten bedeutet eine Verletzung des Hausrechts.

Der vorliegende Tatbestand erfüllt somit sowohl das objektive Merkmal des widerrechtlichen Verweilens, wie das subjektive Moment des dolus und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. B. muß demnach des Hausfriedensbruches schuldig erklärt werden."

35. Art. 452 St. V. Appellation des freigesprochenen Angeschuldigten gegen den Nichtzuspruch einer Entschädigung.

Polizeikammer, i. S. Léon Maître, wegen Drohung, etc (Forumsverschluss), vom 26. Oktober 1907.

Aus den Entscheidungsgründen:

„3. Maître appelliert endlich auch gegen den Nichtzuspruch einer Entschädigung wegen der Freisprechung von der Anschuldigung auf Drohung, Ehrverletzung und Verleumdung.

Der Angeschuldigte hat Zuspruch einer Entschädigung verlangt, ohne dieselbe weder mündlich noch in einem Kosten- und Entschädigungsverzeichnisse näher zu bestimmen, obschon ihm dies nach den Umständen möglich gewesen wäre. Wie die Polizeikammer schon oft erkannt hat, wird dem Angeschuldigten, der sein Entschädigungsverzeichnis nicht der Summe nach bestimmt hat, das Forum der Polizeikammer von Amtes wegen verschlossen, wenn es sich um eine dem Betrage nach bestimmbare Forderung handelt und im Falle eines Zuspruches einer Entschädigung eine die Kompetenzsumme der Vorinstanz übersteigende Entschädigung dieser Partei nicht zuerkannt werden könnte. Die Bestimmung des Art. 452 St. V. über die Appellabilität von unbestimmten Entschädigungsforderungen bezieht sich nur auf diejenigen Fälle, in welchen die geforderte Entschädigung zur Zeit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung unbestimmbar war. Nach der Praxis der Polizeikammer wird alsdann für die Entscheidung der Frage der Appellabilität des Entschädigungsanspruches, unter Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände, eine vorläufige, für das Endurteil unverbindliche Schätzung des dem Angeschuldigten angeblich entstandenen Schadens vorgenommen und darnach die Frage der Appel-

Digitized by Google

labilität entschieden. Eine solche Schätzung ergibt aber im vorliegenden Falle unter keinen Umständen einen Betrag, der die Kompetenzsumme der Vorinstanz übersteigt. Es muß darum dem Léon Maître auch in diesem Punkte das Forum verschlossen werden."

86. Widerhandlung gegen das Lotterieverbot. Begriff der Lotterie.

Polizeikammer, i. S. Theodor Tobler, vom 6. November 1907.

Entscheidungsgründe:

„I. Das gegen Theodor Tobler durchgeführte Strafverfahren hat in *tatsächlicher* Hinsicht folgendes Beweisergebnis gehabt:

Die Chocoladefabrik Tobler & Cie. A.-G. in Bern hat seit zirka 2½ Jahren eine neue Art Reklame eingeführt. Sie läßt im Ganzen 30 Serien Reklamebildchen erstellen, wovon 29 Serien aus je 6 Bildchen und eine Serie aus 12 Bildchen bestehen, sodaß also die Gesamtheit der in Zirkulation befindlichen Bilder 186 beträgt; diese 186 Bildchen werden auf die Chocoladetabletten im Verkaufswert von 10 Cts. aufwärts nach einem bestimmten Plan verteilt. Einige Bilder, wie die lachende Tyrolerin, Serie 10 Nr. 2, Artillerie, Serie 11 Nr. 6, das gelbe Schiff, Serie 12 Nr. 3, der Russe mit der Frau, Serie 14 Nr. 6, Beautés, Serie 15 Nr. 5, der weiße Hund, Serie 19 Nr. 1 und das Bubenbergdenkmal, Serie 30 Nr. 4, werden seltener zu den Tabletten gelegt, als die übrigen. Anfangs wurden diese sieben seltenen Bilder wie folgt beigelegt: auf je 10 Schachteln à 36 Tabletten (für England) oder à 40 Tabletten (für die Schweiz) Nr. 1 zu 10 Cts. ein bezw. zwei Bilder, auf je 20 Tabletten Nr. 2 zu 20 Cts. ein Bild, auf je 20 Tabletten Nr. 3 zu 40 Cts. ein Bild, auf je 10 Tabletten Nr. 42 zu 1 Fr. ein Bild. Seit dem 25. August 1906 trat in der Verteilung insofern eine Aenderung ein, als nun auch bei Bestellungen von 5 Schachteln à 40 Cts. und Nr. 1 à 10 Cts. eine Schachtel mit einem bezw. zwei seltenen Bildern gegeben wurden. Sodann kamen von jenem Zeitpunkt hinweg auf je 40 Stück Tabletten (statt wie früher auf 20) Nr. 2 à 20 Cts. eine Tablette mit einem seltenen Bilde, ferner auf je 40 (statt 20) Tabletten Nr. 3 à 40 Cts. eine Tablette mit einem seltenen Bilde und auf je 20 (statt 10) Tabletten Nr. 42 à 1 Fr. eine Tablette mit einem seltenen

Digitized by Google

Bilde. Die Fabrik ließ ferner Albums erstellen, In welchen die Reklamebildchen gesammelt werden können. Die Albums wurden zum Preise von 1 Fr. an die Kunden (Detaillisten) abgegeben und auch in der Fabrik verkauft.

Auf der Rückseite trägt jedes Bildchen folgenden Vermerk: „Wir geben successive 30 Serien verschiedene Reklamekarten heraus. Wer uns die ganze Sammlung im Tobleralbum, welches bei allen größern Ablagen unserer Marke à 1 Fr. 25 käuflich ist, einsendet, erhält von uns eine Prämie von 10 Fr. in Chocolat Tobler."

Im März 1907 erließ die Firma Tobler & Cie. A.-G. ein Zirkular, in welchem das Publikum zum ersten Male über die Verteilung der Reklamebildchen aufgeklärt wurde. Die in Betracht fallende Stelle des Zirkulars lautet: „Unwahr ist die aus der Luft gegriffene Behauptung, daß das Kompletieren der Sammlung dadurch unmöglich gemacht werde, daß einzelne Serien gar nicht, oder doch nur in verschiedenen Lokalitäten zur Ausgabe gelangen. Daß wir für je Fr. 18.60 (186 Tabletten à 10 Cts.) eine Prämie von 10 Fr. nicht zu geben im Stande sind, wird sich jeder denkende Mensch selbst sagen. Es sind deshalb sieben der Bilder in kleinerer Auflage erschienen; dieselben werden aber in ganz bestimmten Proportionen unter die andern gemischt..." Die Qualität und Quantität der mit den Bildchen versehenen Ware ist derjenigen, die früher ohne diese Zugabe in den Handel gebracht worden ist, gleichwertig.

Das Beweisverfahren hat ergeben, daß die Firma Tobler tatsächlich vollständige Albums, d. h. solche, welche sämtliche 186 Reklamebildchen aufwiesen, mit der versprochenen Prämie bedacht hat. Nach einer vom Angeschuldigten heute zu den Akten gegebenen Berechnung vom 5. November 1907, deren Richtigkeit nachzuprüfen die Polizeikammer aber nicht in der Lage ist, hat die Firma bis zu diesem Zeitpunkte 4672 Prämien, bestehend aus Chocolat Tobler im Wert von 10 Fr., verabfolgt. Seit dem 1. Oktober dieses Jahres legt die Chocoladefabrik Tobler & Cie A.-G. den für das schweizerische Absatzgebiet bestimmten Chocolade-Tabletten die Bildchen mit dem Prämienvermerk nicht mehr bei, sie löst aber komplete Albums mit der vollen Prämie ein und verabfolgt zudem auch für nicht vollständige Albums eine den fehlenden Bildchen entsprechend reduzierte Prämie.....

„II..... 2. Art. 250 St. G. enthält keine Definition des Begriffes der Lotterie, ebensowenig § 3 des Spiel-

Digitized by Google

gesetzes, dagegen ist derselbe von der Wissenschaft in einer auch von der bernischen Gerichtspraxis anerkannten Weise entwickelt worden (vergl. Urteile der Polizeikammer i. S. Burkhard Fischer vom 28. September 1892, Monatsblatt Bd. IX, S. 346 f. i. S. Ulrich Dürrenmatt vom 22. April 1893, i. S. Johann Schär vom 12. August 1899, Zeitschrift des bern. Juristenvereins, Bd. XXXV, S. 437, i. S. August Kann vom 7. Oktober 1901, Zeitschrift Bd. XXXVIII, S. 45, und die in diesen Urteilen angeführte Litteratur). Danach steht fest:

Die Lotterie stellt sich juristisch als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, als Vertrag zwischen dem Unternehmer der Lotterie und den Teilnehmern dar, bei welchem die letztern sich dem erstern gegenüber zur Leistung eines Vermögenswertes (Einsatz) als Entgelt für den Erwerb der Hoffnung auf Gewinn verpflichten (Hoffnungskauf), während letzterer den oder die Gewinne nach einem (gewöhnlich zum voraus bestimmtem) Plane unter die Teilnehmer verlosen läßt, wobei aber ein wesentlich vom Zufall abhängiges Ereignis die Gewinnenden bezeichnet, und den Inhabern der gewinnenden Nummern die auf sie fallenden Gewinne auszurichten hat. Die Lotterie stellt sich also als ein Hoffnungskauf mit folgenden vier Merkmalen dar: 1. Leistung eines Vermögenswertes (Einsatz) seitens des Teilnehmers; 2. Gegenleistung des Unternehmers, welche ebenfalls einen Vermögenswert repräsentieren muß; 3. Bedingtheit der Leistung des Unternehmers in dem Sinne, daß nach Maßgabe eines Planes die Bezeichnung der Gewinner von dem Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses abhängt; 4. Die Realisierung der Gewinnchance ist wesentlich vom Zufall abhängig (aleatorisches Moment).

Diese Begriffsbestimmung ist von keiner Seite bestritten worden, wohl aber hat die Verteidigung die Subsumption des vorliegenden Tatbestandes unter den Begriff verneint, mit der Begründung, daß einzelne Merkmale des Lotteriebegriffes fehlen, insbesondere das Merkmal des Einsatzes und das aleatorische Moment.

3. Die Polizeikammer hält dafür, daß der eingeklagte Tatbestand sämtliche Begriffsmerkmale der Lotterie erfüllt:

a) Was zunächst das Moment des *Einsatzes* anbelangt, so ist zu bemerken:

Die Appellationsinstanz hat in konstanter Praxis die Auffassung vertreten, daß der Einsatz von seiten der Teil-

Digitized by Google

nehmer nicht notwendigerweise zahlenmäßig bestimmt zu werden brauche, daß es vielmehr genüge, wenn er in irgendwelcher dem Unternehmer von den Teilnehmern gemachten Leistung als inbegriffen zu betrachten ist. Der Gerichtshof nimmt, in Anlehnung an die Praxis des deutschen Reichsgerichtes, in seiner Rechtssprechung den Lotterieeinsatz auch dann an, wenn dieser mit der Gegenleistung für ein anderes Recht in einer Weise in Verbindung gebracht wird, daß beide Leistungen, der Einsatz und die Leistung, für ein anderes Recht (z. B. die Leistung des Abonnementspreises) nicht individuell getrennt sind und in ihrem Verhältnis zu einander nicht genau bestimmt werden können. (Vgl. die oben zitierten Urteile der Polizeikammer in Sachen Fischer und Kann, Urteil des Reichsgerichts [I. Strafsenat] vom 2. Mai 1887, Entscheidungen Bd. XVI, S. 83 ff., Ohlshausen, Kommentar, Anmerkung 5, lit. d. zu § 286 R. St. G. B.). Für diese Praxis spricht namentlich auch der Zweck des Lotterieverbotes; dieser Zweck ist in erster Linie ein sozialpolitischer: es soll die Spielleidenschaft eingedämmt und verhindert werden, daß das Publikum das Geld in Aussicht auf eine unsichere Gewinnchance auswirft. In dieser Beziehung bleibt es sich aber gleich, ob das Geld zum Erwerbe der Gewinnchance mit oder ohne direkten Gegenwert ausgegeben wird, denn es ist klar, daß das Publikum meist lediglich um der Gewinnchance und nicht um der direkten reellen Gegenleistung (z. B. Abonnement einer Zeitung) willen, das Geld ausgibt, und daß der Erwerb von Gegenständen, die der Einzelne ohne die Aussicht auf die Gewinnchance nicht kaufen würde, das Vermögen des Käufers ebenso gefährdet, wie der reine Lotterieeinsatz.

Im vorliegenden Falle erwirbt jeder Käufer einer Chocoladetablette mit derselben die Hoffnung auf den versprochenen Gewinn. Jedes Bild entspricht dem Kauf einer Tablette. Der Erwerb von Bildern auf dem Wege des Austausches kommt begrifflich nicht in Betracht, wesentlich ist einzig die offenkundige Absicht der Firma Tobler, durch die Einführung des Reklamesystems den Absatz ihrer Ware zu vergrößern. Die Verteidigung bestreitet nun aber, daß in dem Kaufpreis für die Tablette zugleich der Einsatz für die Gewinnchance liege und macht (unter Hinweis auf ein Gutachten des Herrn Prof. Thormann) folgendes geltend: Es liege ein Einsatz nicht vor, wenn die reelle Gegenleistung ein vollständiges Aequivalent für den gezahlten Kaufpreis

Digitized by Google

im Sinne des Handelsverkehrs bildet, wenn die in Aussicht gestellte Hoffnung nur ein absolutes plus neben der reellen Leistung darstellt und nicht für einen Teil der Gegenleistung (des Kaufpreises einer Ware) eintritt; da die Toblerschen Chocoladetabletten mit den Bildchen in Qualität und Quantität absolut die gleichen seien, wie die früher ohne Bildchen ausgegebenen, so erscheine die ganze Reklameveranstaltung als ein plus, das die Firma den Käufern gegenüber leiste, ohne dafür von seiten der letztern etwas (d. h. einen Einsatz) zu verlangen. Einsatz aber bedeute ein Wagnis, ein Drangeben einer reellen Leistung für eine unbestimmte Hoffnung und liege nicht vor, wenn den Beteiligten jedenfalls volles Aequivalent gesichert ist, da der aleatorische Charakter in einem solchen Falle nicht im Hauptgeschäft (dem Ankauf der Tabletten), sondern in der weitergehenden, von der Gegenleistung nicht mehr berührten Hoffnung auf Prämie liege.

Der Gerichtshof kann der Auffassung der Verteidigung, daß in casu die in Aussicht gestellte Hoffnung nur ein absolutes plus neben der reellen Leistung darstelle, nicht beipflichten. Es ist davon auszugehen, daß die Firma Tobler die Chocoladetabletten (die reelle Leistung) nicht zum Selbstkostenpreis abgibt, sondern selbstverständlich einen Gewinn auf ihren Fabrikaten machen will. Der Gewinn, den die Fabrik aus ihrer Ware zieht — der sich aber nicht ermitteln läßt —, kann je nach dem Umsatz größer oder kleiner sein; je größer der Umsatz ist, desto kleiner braucht der Gewinn zu sein, den die A.-G. aus der einzelnen Tablette zieht. Nach der eigenen Darstellung des Angeschuldigten hatte die Reklameveranstaltung hauptsächlich den Zweck, die Zahl der Abnehmer zu *vermehren*, die Firma Tobler hat somit darauf gerechnet, daß der in Aussicht gestellte Gewinn Leute zum Ankauf von Chocoladetabletten bewegen werde, die ohne diese Hoffnung auf Gewinn keine Chocoladetabletten oder doch wenigstens nicht in dem Maße gekauft hätten. Allerdings erhöhte die Firma den Preis der Tabletten mit der Zugabe von Reklamebildern nicht und begnügte sich mit einem geringern Gewinn auf der einzelnen Tablette, sie hoffte aber durch den größern Umsatz, den die ganze Reklameveranstaltung herbeiführen sollte, die Kosten der Reklame zu decken, so daß durch die Reklame der Firma ein Mehrgewinn erwachsen mußte. *In diesem Mehrgewinn steckt nun der Einsatz der Teilnehmer.* Durch den ver-

Digitized by Google

größerten Geschäftsgewinn werden die von der Firma für die Lotterie gemachten Auslagen gedeckt, die Gegenleistung der Firma für den Hoffnungskauf findet sich somit in den ihr von den Kunden gezahlten Kaufpreisen wieder. Die Auffassung von der Verteidigung wäre richtig, wenn die Firma Tobler & Cie. A.-G. ihren Kunden mit der Zugabe der Reklamebilder ein Geschenk machen würde, eine Schenkung liegt aber nicht vor, da der Begriff derselben eine Vermögensverminderung auf der Seite des Schenkers voraussetzt, was in casu, wie ausgeführt, nicht zutrifft, und da weiterhin auf Seite der Firma Tobler und Cie. die *Absicht*, den Chocolatkäufern ein Geschenk zu machen, wie ausgeführt wurde, fehlt. Diese Absicht müßte aber vorhanden sein, wenn man wirklich von einer Schenkung sprechen wollte.

b) Ueber das Vorhandensein des zweiten Merkmals der Lotterie, nämlich der einen Vermögenswert repräsentierenden *Gegenleistung des Lotterieunternehmers*, kann kein Zweifel bestehen. Diese Gegenleistung besteht in der versprochenen Prämie in Chocolat Tobler. Ob die Gewinne in Geld oder in andern Vermögensobjekten bestehen, ist nach der von Doktrin und Praxis vertretenen Auffassung gleichgültig; es ergibt sich dies auch aus der Fassung des Art. 254 St. G., wo von „zur Verlosung bestimmten Gegenständen" die Rede ist.

c) Daß im vorliegenden Falle auch ein *Plan* vorliegt, nach dem diejenigen Personen bestimmt werden, an welche der Unternehmer die Gegenleistung zu machen hat, ergibt sich aus der Beschreibung der Reklameveranstaltung im Vermerk auf der Rückseite der Bilder, in Verbindung mit der Verteilung der Bilder auf die Tabletten, der Sammlung der Bilder in Albums, sowie der Präsentierung und Prämierung der Albums. Die Ermittlung der Gewinner erfolgt in casu allerdings nicht durch eine Losziehung, dies ist aber für den rechtlichen Begriff des Lotterievertrages gar nicht notwendig; als wesentlich und entscheidend kann vielmehr nur angesehen werden, daß nach dem Plane die Bestimmung der Gewinner von dem Eintritt oder Nichteintritt in der Hauptsache auf einem bloßen Zufalle beruht (vgl. Urteil des Reichsgerichts [III. Strafsenat] vom 21. Februar 1895, Entscheidungen Bd. XXVII, S. 48). Die Polizeikammer hat bereits in dem angeführten Urteile i. S. Schär festgestellt, daß es unwesentlich ist, ob die Zufallsentscheidung vermittelst Losen oder auf andere Weise bewerkstelligt wird.

Digitized by Google

d) Es kann sich schließlich einzig noch fragen, ob im vorliegenden Falle auch das *aleatorische Moment* des Lotteriebegriffes gegeben sei.

Der Käufer der Chocoladetabletten erhält ein Reklamebildchen, er weiß aber beim Erwerb der Tabletten nicht, welches der 186 verschiedenen Reklamebildchen denselben beigegeben ist, ob seine Sammlung dadurch der Vollständigkeit entgegengeführt wird oder ob er einfach eine Doublette erhält. Das zufällige, aleatorische Moment besteht darin, daß der Käufer nicht wissen kann, ob es ihm jemals gelingen wird, sämtliche Bilder zu erhalten und in dieser Weise die in Aussicht gestellte Prämie zu erlangen. Es hängt einzig vom Zufall ab, ob der Käufer neue Bildchen erhält oder solche, die er schon besitzt. Das Zufallsmoment, von welchem die Erlangung der Prämie abhängt, wird aber noch dadurch verstärkt, daß sieben Bilder seltener zu den Tabletten gelegt werden, als die andern. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit für die Vervollständigung der Sammlung umso größer, je mehr Tabletten der Käufer erwirbt, es ist sogar theoretisch und praktisch die Möglichkeit gegeben, die Sammlung vollständig herstellen zu können. Die Möglichkeit, daß man die Sammlung vollständig herstellen kann und die Tatsache, daß eine Anzahl Sammler wirklich Albums mit sämtlichen Bildern vorgewiesen, schließt aber das Zufallsmoment nicht aus, sondern schwächt es höchstens ab. Auch durch das eifrigste Sammeln wird das aleatorische Moment nicht ausgeschlossen, sondern nur vermindert. Das Wesentliche beim aleatorischen Momente liegt darin, daß der Zufall das überwiegend kausale Moment bildet. Der Ausgang der Lotterie (Verteilung der Prämien) muß gänzlich oder doch wesentlich vom Zufall abhängig sein, d. h. er muß der menschlichen Berechnung entzogen bleiben. Das Wesen des Zufalls besteht in dem Mangel der *Erkennbarkeit* der einem Ereignisse zu Grunde liegenden Kausalität, objektiv gibt es keinen Zufall, jedes Ereignis hat einen zureichenden Grund, ist die notwendige Wirkung der vorangegangenen Ursache, ein Zufall besteht nur subjektiv in der Unberechenbarkeit des Erfolges (vgl. Sabath, Das Glücksspiel, Berlin 1906, Urteil des Reichsgerichts [IV. Strafsenat], vom 12. März 1895, Entscheidungen Bd. XXVII, S. 95). Diese Voraussetzungen treffen aber im vorliegenden Falle zweifelsohne zu.

Der eingeklagte Tatbestand erfüllt somit sämtliche Begriffsmerkmale der Lotterie. Unbestritten ist, daß der An-

Digitized by Google

geschuldigte für die Lotterie eine behördliche Bewilligung weder eingeholt noch erlangt hat."

Justiz-Entscheide des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*, Bern.

20. Motif de nullité d'un jugement arbitral dans le sens des art. 359 chiffre 2 et 388 c. p. c.

Cour d'appel et de Cassation, première chambre, 24 septembre 1907, demande en nullité de Justin Baume.

Extrait des considérants:

„Le demandeur fonde sa demande en nullité sur l'art. 359 chiffre 1 et 2 c. p. c. Aux termes de l'art. 382 c. p. c., le cas de l'art. 359 chiffre 1, ne constitue pas un motif de nullité d'un jugement arbitral. Par contre, la Cour de céans a décidé à maintes reprises (voir Revue mensuelle de jurisprudence bern. vol. V, pag. 47; XIII, pag. 328) qu'il y avait refus illégal ayant empêché le requérant de se faire entendre complétement, dans le sens de l'art. 359 chiffre 2 c. p. c., lorsque la partie qui recourt n'a pas été entendue du tout sur l'objet du litige, ou lorsque l'occasion ne lui a pas été donnée de se prononcer sur cet objet."

21. L'art. 40 de la loi introductive de la L. P. énumère limitivement les cas dans lesquels la prise à partie dans la procédure en main-levée d'opposition est admise.

Cour d'Appel et de Cassation, première Chambre, 28 septembre 1907, prise à partie de G. Christen.

Considérants:

„Il faut examiner en première ligne si les dispositions légales en vigueur permettent les prises à parties dans la procédure en main-levée d'opposition. A cet égard, l'art. 40 de la loi introductive de la L. P., du 18 octobre 1891, prévoit que dans la procédure en main-levée d'opposition, la prise à partie ne peut avoir lieu séparément que dans les cas de déni de justice ou de retard non justifié ou si le

Digitized by Google

juge a usé de procédés inconvenants à l'égard d'une partie. Lors de la discussion de cette loi au Grand Conseil, M. Lienhard, rapporteur du gouvernement, s'est exprimé comme suit au sujet de l'art. 40: „La procédure de main-levée d'oppo-„sition doit être sommaire et ces affaires ne doivent pas „pouvoir être portées en instance d'appel par les voies or-„dinaires. Nous estimons que le procédure de prise à partie „contre les présidents de tribunaux, comme elle est instituée „pour les contestations ordinaires de droit privé, amènerait „des longeurs, entraverait la marche de la procédure en „main-levée d'opposition et ne répondrait plus au but de „celle-ci. C'est pourquoi nous disons que la prise à partie „ne peut avoir lieu séparément que dans les cas de déni „de justice, de retard non justifié ou de procédés inconve-„nants à l'égard des parties. Par contre, si des fautes de „forme ont été commises dans la procédure, elles ne doivent „pas faire l'objet d'une prise à partie spéciale, mais peuvent „être relevées conjointement à l'appel. Si l'une des parties „estime que son cas n'a pas été jugé exactement et qu'elle „n'a pas à sa disposition la voie d'appel, elle ne doit pas „pouvoir, pour une légère faute de procédure, faire remanier „tout ce qui a été fait. Ce n'est que lorsqu'elle peut inter-„jeter appel qu'elle doit pouvoir exposer ses griefs contre „la procédure instruite en première instance, griefs de na-„ture purement formelle".

Il ressort sans autre de ce qui précède que l'art. 40 de la loi introductive da la L. P. énumère limitativement les cas dans lesquels on peut agir par voie de prise à partie dans la procédure en main-levée d'opposition et que cette énumération ne prévoit pas, comme l'art. 362 c. p. c., le cas de l'admission d'un moyen illégal par suite de laquelle le juge aurait prononcé arbitrairement et illégalement la main-levée.

Cette manière de voir peut se justifier d'une autre façon encore: L'ordonnance de main-levée d'opposition est un prononcé sommaire, autorisé dans certains cas, et dont l'effet est de donner le plus rapidement possible libre cours à une poursuite arrêtée par le débiteur en écartant l'opposition formée contre elle. La décision de main-levée ne porte pas sur le fond du droit; elle ne tranche des contestations de droit matériel qu'exceptionnellement, dans les cas prévus par la loi. Elle ne constitue pas un jugement sur des contestations de droit privé, dans le sens de l'art. 1er c. p. c.; elle est tout simplement un incident de la procédure d'exé-

Digitized by Google

cution, comme c'est le cas d'un moyen de recours dont le but est d'arriver à une cassation. La nature de la décision en main-levée ne subit aucun changement du fait qu'elle est rendue en la forme d'une procédure civile. La cour de céans a déjà reconnu maintes fois que les principes de l'art. 362 c. p. c., relatifs à la prise à partie, n'étaient pas applicables aux cas où une autorité avait pris une décision ou rendu un jugement en matière de poursuite pour dettes ou de faillite (Zeitschr. des bern. Juristenvereins vol. 37, pag. 317, vol. 40, pag. 305), mais que seules les dispositions de la L. P. et de la loi introductive faisaient règle.

Puisque, au cas particulier, ce serait par l'admission d'un moyen illégal que le juge aurait prononcé arbitrairement et illégalement la main-levée, ce fait ne saurait motiver une prise à partie dans une procédure en main-levée. Dans ces circonstances, il ne reste plus au plaignant qu'à porter plainte en responsabilité contre le juge (Zeitschr. des bern. Juristenvereins, vol. 40, pag. 305), la présente plainte ne pouvant être considérée comme telle."

Ergänzung. Bei den in der letzten Nummer wiedergegebenen Urteilen des App.- u. Kass.-Hofes ist an zwei Orten (Nr. 22 u. 27) aus Versehen die Angabe der Parteien und des Datums weggeblieben. Es ist zu ergänzen:

ad. Nr. 22: Riesen ca. Mussie u. Mith., 29. Mai 1907 (I. Abt.).
ad. Nr. 27: Siegrist ca. Grossenbacher, 20. Juni 1907 (II. Abt.).

Corrigenda: Im vorigen Heft, auf Seite 245, soll es in der Anzeige des Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch heißen: Das ganze Werk wird 4 Bände umfassen und in 10–12 Lieferungen à Fr. 3.60 erscheinen.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **7. Heft** **Juli 1908**

Die juristische Natur des Postanweisungsgeschäftes nach schweizerischem Recht.

Von Dr. jur. *Wimmer*, Oberpostsekretär, Bern.

Ueber die juristische Natur des Postanweisungsgeschäftes ist in den letzten Jahren, besonders seitens deutscher Juristen [1]), viel geschrieben worden, ohne dass man jedoch zu einer einheitlichen Lösung dieser Frage,

[1]) *Frieg*, Die rechtliche Konstruktion der Postanweisung, Erlang. Inaug.-Dissert., 1897. *Gareis*, Die Postanweisung, in den Blättern für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, N. F., Bd. 34, 1889. *Hönncher*, Die rechtliche Natur der Postanweisung, Leipzig. Inaug.-Dissert., 1898. *Kiesselbach*, Die rechtliche Natur der Postanweisung, Erlang. Inaug.-Dissert., 1896. *Löwi*, Die Postanweisung, Erlang. Inaug.-Dissert., 1891. *Merten*, Die rechtliche Natur der Postanweisung, Greifswald. Inaug.-Dissert., 1895. *Mittelstein*, Rechtsfragen des Postanweisungsverkehrs, in Gruchots Beiträgen, Bd. 36, 1892. *Pfizer*, Die Postanweisung, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 31, 1892. *Schmidt*, Ueber die rechtliche Natur der Postanweisung etc., Sonderabdruck aus Gruchots Beiträgen, Bd. 34, 1890. *Stegner*, Die rechtliche Natur des Postanweisungsgeschäftes nach

Digitized by Google

welche zu den bestrittensten des Postrechtes gehört, gelangt wäre. Auch schweizerische Juristen [1]) haben sich mit dieser Frage beschäftigt, jedoch nur im Zusammenhange mit andern Fragen des Postrechtes und in nicht sehr eingehender Weise. Insbesondere wurde, soweit mir bekannt, die rechtliche Natur der Postanweisung, [2]) speziell nach schweizerischem Recht, bis jetzt noch nie zum Gegenstand einer eingehenden Untersuchung gemacht. Es lohnt sich um so mehr, diese Frage zu untersuchen, als zwischen der schweizerischen und der deutschen Postanweisung, trotz der Gleichheit der Namen und der Uebereinstimmung der wesentlichen Merkmale, mehrere Unterschiede bestehen, welche auf der ungleichen Fassung der das Postanweisungsgeschäft normierenden Gesetzesvorschriften beruhen und für dieses postalische Institut verschiedene juristische Konstruktionen zulassen. Zweck dieser kleinen Arbeit ist, zu untersuchen, welche rechtliche Gestalt das Postanweisungsgeschäft nach schweizerischem Recht annimmt.

Vorerst ist festzustellen, dass es sich auch nach schweizerischem Recht bei der Postanweisung nicht um eine obligatio ex lege handeln kann. Die Beziehungen, welche zwischen der Post und dem Absender einer Postanweisung eingegangen werden, sind privatrechtlicher

---

geltendem Rechte etc., Leipziger Inaug.-Dissert., 1902. *Tinsch*, Die Postanweisung, zivilrechtlich betrachtet, 1890. *Wolff*, Die rechtliche Natur des Postanweisungsgeschäfts, Erlang. Inaug.-Dissert., 1892.

[1]) *Meili*, Haftpflicht der Postanstalten, Leipzig, 1877 (p. 101 ff.). *Muggli*, Beiträge zum schweizerischen Postrecht, Zürcher Inaug.-Dissert., 1890 (p. 27). *Oetiker*, Das Bundesgesetz über das Postregal, Zürcher Inaug.-Dissert., 1901 (p. 102 ff.).

[2]) In Art. 1, litt. g, des Bundesgesetzes über das Postregal wird die Bezeichnung „Postanweisung" gebraucht, während in Art. 25, litt. d, des gleichen Gesetzes von „Geldanweisungen" die Rede ist. Die Postverwaltung hat in den letzten Jahren stets die erstere dieser Benennungen angewendet.

Digitized by Google

Natur, gerade so wie die Beziehungen zwischen der Post und dem Absender eines Briefes oder Paketes. Dass die Post mit dem Absender eines Paketes kontrahiert, d. h. einen Vertrag abschliesst, geht in unzweideutiger Weise aus dem Wortlaut des Art. 466 O. R. hervor, welcher besagt, dass für die Frachtverträge der Post die besondern Gesetze gelten. [1]) Ohne der Frage vorgreifen zu wollen, ob sich das Postanweisungsgeschäft als Frachtgeschäft charakterisiert, wird es ohne weiteres als selbstverständlich erscheinen, dass der privatrechtliche Charakter, der den Transportgeschäften der Post anhaftet, auch dem Postanweisungsgeschäft zuerkannt werden muss.

Nachdem dies festgestellt ist, gehe ich zur näheren Prüfung derjenigen Rechtsgeschäfte des O. R. über, welche mit Bezug auf ihre Anwendbarkeit auf das Postanweisungsgeschäft in Frage kommen können.

Dass es sich bei der Postanweisung nicht um eine *Anweisung* im Sinne von Art. 406 O. R. handeln kann, geht, ganz abgesehen von anderen weniger wichtigen Unterschieden, schon daraus hervor, dass bei der Anweisung des O. R. der Assignat bereits durch die Annahme der Anweisung dem Assignataren gegenüber verpflichtet wird, die angewiesene Summe zu zahlen, also auch im Falle, dass er für die zu zahlende Summe keine Deckung hat, während bei der Postanweisung eine Verpflichtung der Post *erst durch die Einzahlung der Postanweisungssumme entsteht.* Dies ergibt sich in unzweideutiger Weise aus dem Wortlaut des Art. 1, litt. g, des Postregalgesetzes, wo gesagt ist, dass die schweizerischen Posten unter anderem besorgen: „die Vermittlung der Zahlung von Geldbeträgen (durch Postanweisungen)." Eine Verbindlichkeit zur Auszahlung der Postanweisungs-

[1]) Siehe hierüber, sowie in Bezug auf die Frage, ob die Post als „Kaufmann" zu betrachten sei, *Wimmer*, Die rechtliche Stellung der Post etc. (Bern, 1905), p. 2, 3, 5 u. ff.

Digitized by Google

summe kann daher für die Post nur dann entstehen, wenn eine Zahlung wirklich stattgefunden hat, denn so lange der Gegenstand der Vermittlung fehlt, kann auch von einer solchen nicht die Rede sein. Eine Bestätigung des Gesagten finden wir in Art. 25, litt. *d* und *g*, des vorgenannten Gesetzes, welcher die Verantwortlichkeit der Postverwaltung beim Postanweisungsgeschäft normiert und zwar, wie bei den übrigen Postgeschäften, in ausschliesslicher Weise. [1]) Es heisst nämlich dort, dass die Postverwaltung für den Verlust von Postanweisungsbeträgen vollen Ersatz und für die Verspätung von Postanweisungen um mehr als 24 Stunden eine Entschädigung von 15 Franken leistet. Daraus ergibt sich, dass, damit eine Schadenersatzanforderung gegenüber der Postverwaltung begründet sei, die Einzahlung des Postanweisungsbetrages stattgefunden haben muss. Hat keine Zahlung stattgefunden, so besteht auch keine Haftung der Postverwaltung.

Der hievor hervorgehobene Unterschied zwischen der Anweisung des O. R. und der Postanweisung kann in praxi in folgenden zwei Fällen von Wichtigkeit sein:

1. Wenn die Post eine Postanweisung annimmt und befördert, ohne den Betrag derselben vom Absender erhalten zu haben (z. B. infolge eines Versehens des Schalterbeamten), so ist sie nicht verpflichtet, die Postanweisungssumme dem Adressaten auszuzahlen. Allerdings wird in einem solchen Falle die Post, wenn dem Absender eine Quittung für die nicht einbezahlte Summe eingehändigt worden ist und letzterer behauptet, die Einzahlung gemacht zu haben, den schwierigen Beweis erbringen müssen, dass die Quittung irrtümlicherweise ausgestellt worden ist.

2. Wird der Betrag einer solchen nicht einbezahlten Postanweisung irrtümlicherweise dem Adressaten aus-

[1]) Vergl. *Meili*, Haftpflicht der Postanstalten, p. 74.

Digitized by Google

bezahlt, so steht der Post letzterem gegenüber unzweifelhaft eine Bereicherungsklage im Sinne von Art. 71 O. R. zu.

Um den Unterschied zwischen der Anweisung des O. R. und der Postanweisung noch besser hervorzuheben, weise ich noch darauf hin, dass in der Anweisung des O. R. stets zwei Aufträge liegen, nämlich ein Zahlungsmandat und ein Inkassomandat, während bei der Postanweisung regelmässig nur ein Zahlungsmandat vorliegt. Nur bei den postlagernd adressierten Postanweisungen und in anderen vereinzelten Fällen muss der Betrag durch den Adressaten bei der Post erhoben werden; in allen anderen Fällen erfolgt die Zahlung an den Adressaten durch die Post selbst. Es kommt also nicht selten vor, dass jemand Geld mittelst Postanweisung erhält, ohne dass er von der Absendung der Postanweisung etwas wusste.

Eine weitere Frage ist die, ob es sich beim Postanweisungsgeschäft nicht etwa um einen *Vertrag zu gunsten Dritter* im Sinne von Art. 128 O. R. handeln könnte. Diese Frage ist meines Erachtens entschieden zu verneinen und zwar aus folgenden Erwägungen:

a) Nach dem O. R. muss derjenige, welcher sich die Leistung zu gunsten eines Dritten versprechen lässt, *auf eigenen Namen handeln,* während es bei der Postanweisung gleichgültig ist, ob der Absender der Postanweisung auf eigenen Namen oder im Namen eines anderen handelt.

b) Die Leistung an den Dritten muss nach Art. 128 O. R. eine Leistung *zu dessen* (d. h. des Dritten) *gunsten sein.* Fragen wir uns nun, worin man eine Leistung der Post zu gunsten des Adressaten beim Postanweisungsgeschäft erblicken könnte, so sehen wir, dass als solche nicht etwa die Postanweisungssumme selbst angesehen werden könnte, indem ja das Geld vom Absender herrührt und aus diesem Grunde eine Haftpflicht der Post,

Digitized by Google

wie anderorts bereits gesagt wurde, auch erst nach erfolgter Einzahlung der Geldsumme entsteht, — sondern die Leistung könnte nur in der *Vermittlung* der vom Absender geleisteten Zahlung bestehen. Ob nun die blosse Vermittlung der Zahlung als eine Leistung des Vermittelnden zu gunsten des Zahlungsempfängers im Sinne von Art. 128 O. R. betrachtet werden könnte, scheint mir sehr fraglich zu sein. Denn beim Postanweisungsgeschäft kommt doch als eigentliche Leistung für den Empfänger die Summe selbst in Betracht; diese rührt aber vom Absender her und die Vermittlung der Zahlung spielt beim ganzen Geschäft nur eine nebensächliche Rolle. Dabei ist noch zu bemerken, dass die Post für ihre Vermittlerrolle vom Absender durch Entrichtung der Postanweisungsgebühr (eine Ausnahme besteht blos bei den amtlichen Postanweisungen) bezahlt wird, welcher Umstand entschieden gegen das Vorhandensein eines Vertrages zu gunsten Dritter im Sinne des O. R. spricht. (Schluss folgt.)

Verschiedenes.

Eidgenössische Gesetzgebung. Zur Erleichterung der Ausarbeitung der kantonalen Einführungsgesetze zum schweizer. Zivilgesetzbuch werden die Kantone nächsthin vom eidgen. Justizdepartement ein Memorial erhalten. Es steht zu erwarten, daß an Hand der in demselben enthaltenen Winke und Maximen die kantonalen Gesetze einen unter sich ähnlichen Charakter gewinnen werden.

Die außerparlamentarische Kommission zur Beratung des revidierten O. R. hat vom 4.—11. Mai getagt und wird im September wieder zusammentreten. — Die kleine Strafrechtskommission hat im April den Entwurf nochmals durchgearbeitet. Die Schlußredaktion mit einem Bericht von Prof. Stooß soll im Laufe des Sommers eingereicht werden, worauf der Entwurf zur Beratung an eine große Kommission gelangt.

Bernisches Gesetz betreffend die Einführung des schweiz. Zivilgesetzbuches. Der Vorentwurf dieses Gesetzes liegt bereits

Digitized by Google

in 140 Artikeln vor, ausgearbeitet von Prof. E. Huber, Prof. V. Rossel und Nat.-Rat Bühlmann. Die bern. Justizdirektion hat ihn zu näherer Beratung einer außerparlamentarischen Kommission von 15 Mitgliedern unterbreitet, die auf Ende Juli zusammentritt.

Bernische Fürsprecherprüfung. Im Geschäftsbericht des bernischen Obergerichts pro 1907 ist unter anderm davon die Rede, daß das Gericht der Justizdirektion den Entwurf eines revidierten Prüfungsreglementes mit Motiven eingereicht habe. In den letztern, welche im obergerichtlichen Bericht teilweise reproduziert sind, wird darauf hingewiesen, daß die bisherige Mitgliederzahl der Prüfungskommission eine zu geringe war und daß es schwer hielt, Männer der Praxis in dieselbe zu gewinnen. Sodann heißt es:

„Und doch ist der Gerichtshof der Meinung, daß das Element der Praktiker, speziell mit Rücksicht auf die praktische Prüfung, eher überwiegen sollte. Er tritt der Tendenz, die Fürsprecherprüfungen der Hochschule auszuliefern, oder doch dem Einfluß der Hochschule zu sehr zugänglich zu machen, mit allem Nachdruck entgegen, und hält den bisherigen Zustand, wonach das *Obergericht* bei der Prüfung der Anwälte, die später seiner Aufsicht unterstehen, das entscheidende Wort hat, für durchaus richtig und erhaltenswert. Von diesem Standpunkte aus wurde denn auch eine aus Professorenkreisen stammende Anregung abgelehnt, die dahin ging, die Hochschule in der Weise zu berücksichtigen, daß stets eine bestimmte Zahl von Dozenten, deren Personen im Turnus der Zahl der Rechtslehrer zu entnehmen wären, im Prüfungskollegium vertreten sein sollte."

Diese Stelle dürfte zum mindesten sehr ungeschickt redigiert sein, indem aus ihr etwelche Schnödigkeit gegen die juristische Fakultät herausgelesen werden kann. Daß dem so ist, wird am besten dadurch bewiesen, daß der Passus von der Presse aufgegriffen und abgedruckt wurde, und zwar von einem bernischen Hauptblatt, das einen merkwürdigen Ruhm darin zu suchen scheint, alles Unfreundliche gegen die Hochschule und ihre Angehörigen zusammenzutragen.

Die juristische Fakultät als solche hat sich überhaupt nie mit dieser Materie befaßt, geschweige denn hat sie je verlangt, daß ihr die Fürsprecherexamen „ausgeliefert" werden. Im übrigen liegt es auf der Hand, daß insbesondere bei den theoretischen Fächern in erster Linie Theore-

Digitized by Google

tiker als Examinatoren geeignet sind; denn sonst laufen die Kandidaten Gefahr, auf Doktrinen eingehen zu müssen, die eine Generation weit zurück liegen. Und wenn der juristischen Fakultät neben dem Obergericht eine gewisse offizielle Teilnahme an den Staatsexamen zugeschieden würde, so wäre dies doch nur ihrer Stellung und Aufgabe im Staatsorganismus entsprechend; denn schließlich ist sie und nicht das Obergericht das Organ, welchem die Ausbildung der Juristen obliegt und daher ist sie auch direkt interessiert an deren Schlußpunkt. In Deutschland, Frankreich und Oesterreich betrachtet man es als selbstverständlich, daß die Fakultäten bei den Staatsprüfungen stark beteiligt sind. Bei den bernischen theologischen Staatsexamen funktionieren die Professoren ipso jure als Prüfende, und bei den eidgenössischen Medizinalprüfungen wirken sie sozusagen insgesamt und in erster Linie als Examinatoren mit. Warum die juristische Fakultät schlechter gestellt sein soll, ist nicht recht einzusehen. Jedenfalls sind die in dem zitierten Bericht angeführten Gründe für die gegenwärtige und neu vorgesehene Ordnung keineswegs derart schlagende, daß nicht eine gründlichere und allseitigere Prüfung der Frage am Platz wäre.

Literaturanzeigen.

Bader, Dr. R., **Kommentar zum Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter.** 4. Auflage, Zürich 1908, Gebr. Leemann, 211 S. 4 Fr.

Dieser Kommentar hat sich bereits sehr gut eingeführt und ist von erheblichem praktischem Wert. Die vierte Auflage wurde durch Berücksichtigung der Haager Konventionen und Aufnahme der kantonalen Kollisionsnormen wesentlich bereichert.

Waldburger, A., Pfarrer. **Eidgenössisches und st. gallisches Sonntagsrecht.** Ragaz 1908, A. Hagmann. 137 S.

Eine Zusammenstellung aller einschlägigen Bestimmungen. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der als Vorkämpfer der Sonntagsruhe verdiente Verfasser bei seiner Arbeit einen Juristen zu Rate gezogen, und wenn er ferner eidgenössische und kantonale Normen systematisch von einander getrennt hätte.

Digitized by Google

Scherer, Dr. Viktor Emil, **Die Haftpflicht des Unternehmers.** Zweite durchgearbeitete Auflage, Basel 1908, Helbing & Lichtenhahn, 326 S. 6 Fr.

Die zweite Auflage hat gegenüber der ersten eine gewisse Bereicherung erfahren, im übrigen teilt sie deren Vorzüge und Mängel. Unter die letztern rechnen wir immer noch die Methode des Verfassers, den Text der Fabrikhaftpflicht und des Ausdehnungsgesetzes zusammenzuziehen und einheitlich zu behandeln. Sehr rühmenswert dagegen ist die abgerundete und selbstständige Darstellung der wichtigen Punkte und die Beilage zahlreicher Materialien und Tabellen.

Baumgarten, Dr. F. und **Meszlény,** Dr. Arthur, **Kartelle und Trusts.** Berlin 1906, Otto Liebmann, 362 S.

Eine von der ungarischen Akademie der Wissenschaften preisgekrönte Arbeit, welche die Stellung der Kartelle und Trusts in den verschiedenen Kulturstaaten nationalökonomisch und juristisch beleuchtet. Wir wüssten keine Schrift, die so trefflich geeignet wäre, in dieser schwierigen, auch bei uns immer mehr hervortretenden Materie zu orientieren. Der eine der Verfasser, Gerichtsrat Meszlény, wird demnächst auch eine Schrift über einige Partien unseres Zivilgesetzbuches publizieren.

Heinzerling, W. **Prüfung und Kritik einer Bilanz.** Durchgeführt an einem Beispiel der Praxis. Berlin 1908, Th. Hofmann.

Ueber die Bilanzen der Aktiengesellschaften sind schon die dicksten Bände geschrieben worden. Vorliegende Broschüre hat keinen wissenschaftlichen Charakter, aber für Geschäftsleute und für Juristen, die mit solchen zu tun haben oder in Verwaltungsräten sitzen, scheint sie mir äußerst belehrend und interessant zu sein.

A. v. Thur, Die unwiderrufliche Vollmacht. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1908. 50 S. (Sonderabdruck aus der Straßburgerfestschrift für Laband.)

Eine Untersuchung über dieses vom B. G. B. nicht gelöste und bisher nie eingehend behandelte Problem.

Digitized by Google

Rechtsprechung.

Aus der Rechtsprechung des Bundesrates

II. Semester 1906.

Referent: Prof. Dr. W. *Burckhardt*, Sekretär des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern.

Handels- und Gewerbefreiheit.

1. Mächler c. Schwyz, vom 28. Dezember 1906. **Fischereirecht.** (B. Bl. 1907, I, 357).

Im Kanton Schwyz ist die Fischerei, wie in den andern Kantonen, ein *staatliches Regal;* sie steht daher nicht unter dem Schutze des Art. 31 B. V. Aber selbst, wenn sie ein freies Gewerbe wäre, müßte die Beschwerde abgewiesen werden, da Art. 31 die Freiheit des Gewerbes nur gegenüber dem Staate gewährleistet, nicht aber gegenüber den Einschränkungen, die in den Privatrechten anderer Personen (hier des Eigentumes der Anstößer) liegen. (Salis, II, Nr. 742, insbes. S. 519).

2. Müller c. Bern, vom 9. November 1906. **Wasserrechtskonzession.** (B. Bl. 1907, I, 357).

Die Verweigerung einer Wasserrechtskonzession kann nur die Handels- und Gewerbefreiheit verletzen, wenn die Nutzbarmachung der Wasserkräfte nach dem kantonalen Recht der freien Tätigkeit den Privatpersonen überlassen ist und nicht Gegenstand eines staatlichen Regals bildet; im ersten Fall ist die „*Konzession*" eine polizeiliche Bewilligung, im zweiten eine eigentliche Verleihung. Das Gesetz über das Gewerbewesen sieht in den §§ 14 und 15, und das Gesetz über den Unterhalt und die Korrektion der Gewässer, vom 3. April 1857, in § 9 nur gewerbs- und wasserbaupolizeiliche Bewilligungen vor. Die seit 1891 erteilten Konzessionen gehen aber durch verschiedene Bestimmungen über diesen Rahmen hinaus; der Bundesrat könnte sie nur dann als verfassungswidrig erklären, wenn sie offenbar gesetzwidrig wären. Das ist aber nicht der Fall. Aus der Satzung 335 des Z. G. B. lässt sich der Satz wohl begründen, daß als Gemeingebrauch nur *die* Nutzungsarten jedermann freigegeben werden wollten, in denen die Benützung des einen die des andern nicht ausschließt und daß die

Digitized by Google

Verleihung anderer Nutzungsrechte in der Hand des Staates bleiben sollte.

3. Sch. c. Thurgau, vom 14. Sept. 1906. **Wirtschaftspatent.**

Die Tatsache, daß die Frau des Wirschaftspatentbewerbers zwei Jahre vorher wegen Diebstahls eines Ringes im Werte von Fr. 2.50 bestraft worden ist, genügt nicht, ihr jetzt den guten *Leumund* abzusprechen und dem Bewerber deshalb das Patent zu verweigern (B. Bl. 1895, I, 63); namentlich nicht, wenn dem Ehemann seit der Verurteilung schon ein Patent erteilt worden ist, ohne daß Nachteile daraus entstanden wären.

4. H. c. Schwyz, vom 21. Sept. 1906. **Wirtschaftspatent.** (B. Bl. 1907, I, 555).

Eine 4 Jahre zurückliegende *Verurteilung wegen Betruges* zu 50 M. Buße berechtigt nicht zur Verweigerung des Wirtschaftspatentes. Dagegen kann die kantonale Behörde das Patent solange verweigern, als nicht eine neue, vorläufig eingestellte *Strafuntersuchung* abgeschlossen ist.

5. Girardet & Sottaz c. Neuenburg, vom 22. Dezember 1906. **Wirtschaftspatent.**

Der Eigentümer des Wirtschaftsgebäudes ist zum Rekurs gegen die Verweigerung des Patentes an einen Mieter nicht *legitimiert*.

6. Pharmacies internationales c. Graubünden, vom 28. August 1906. **Apothekergewerbe.**

Der B. R. hat in seiner Praxis stets anerkannt, daß die Kantone, ohne die Art. 31 und 4 B. V. zu verletzen, *Maximaltaxen* für die in Apotheken verkauften Waren aufstellen können. Ob diese Taxierung nur zulässig sei, soweit der Apotheker ein Verkaufsprivileg besitzt, kann im vorliegenden Fall dahin gestellt bleiben, da die verkaufte Ware ärztlich verordnet war und nach bündnerischem Rechte die Ausführung ärztlicher Verordnungen nur den Apothekern oder den Aerzten zusteht.

7. C. Widmer-Gabele u. K. c. Zürich, vom 2. November 1906. **Stellenvermittlungsgebühren.**

Die zürcherische Verordnung vom 25. Januar 1906 über die gewerbsmäßige Stellenvermittlung, welche *die Gebühren*

Digitized by Google

tarifiert, ist nicht im Widerspruch mit Art. 31 B. V., weil nicht anzunehmen ist, daß sie den gewinnbringenden Betrieb des Geschäftes unmöglich mache.

Stimmrecht. Wahlen und Abstimmungen.

8. Hodel u. G. c. Baselland, vom 25. Sept. 1906. **Schulpflegerwahlen.** (B. Bl. 1907, I, 559.)

Das verfassungsmäßige Stimmrecht wird verletzt durch die *unbegründete Kassierung* einer Wahl. Die Wahl darf nicht deßhalb kassiert werden, weil eine Anzahl Bürger aus Unkenntnis des Gesetzes in ungültiger Weise gestimmt haben.

9. Stadtrat von Luzern c. Luzern, vom 31. Dez. 1906. **Angeblich verfassungswidriges Initiativbegehren.** (B. Bl. 1907, I, 1.)

Während sich der Große Stadtrat von Luzern dahin ausgesprochen hatte, das *Initiativbegehren* für die Wahl dieser Behörde nach dem *Proportionalsytem* sei verfassungswidrig und daher den Bürgern nicht vorzulegen, entschied der Regierungsrat auf Rekurs, die Abstimmung sei abzuhalten und zwar an einem bestimmten Tag.

Die Behauptung des Großen Stadtrates, er habe das Recht, die Verfassungsmäßigkeit des Initiativbegehrens zu prüfen und verfassungswidrige Begehren zu unterdrücken, macht kein vom Bundesrat nach Art. 189, Abs. 4, des O. G. zu schützendes Recht geltend. Indem der Stadtrat behauptet, das Proportionalverfahren widerspreche der Luzernischen Verfassung, verteidigt er das Recht der Gemeinde als solcher, dann ist der B. R. nicht zuständig, oder er macht das Recht der Bürger auf die Beobachtung des vorgeschriebenen Wahlverfahrens geltend, dann ist er zur Beschwerde nicht legitimiert.

Eidg. Verwaltungsgesetze.

10. Konkursamt Zug c. Graubünden, vom 10. Dez. 1906. **Betreibungsgesetz.** (B. Bl. 1907, I, 560).

Wenn ein kantonales Gesetz den Kleinverkauf von alkoholischen Getränken besteuert, muß sich die Konkursverwaltung bei ihren freihändigen (Art. 256) Verkäufen dieser Belastung wie ein aufrechtstehender Kaufmann unterziehen. Das Gesetz wollte den Gläubigern nicht ermöglichen, das Gewerbe ihres Schuldners mit mehr Gewinn zu betreiben, als der Schuldner selbst es konnte.

Digitized by Google

11. Magnin c. Genf, vom 10. Dez. 1906. **Militärpflichtersatz.** (B. Bl. 1907, I, 108).

Nach Art. 6 des B. Ges. vom 28. Juni 1878 haben Wehrpflichtige, welche 8 Jahre Dienst getan haben und nachher dienstuntauglich werden, bloß noch die Hälfte der Steuer ihrer Altersklasse zu leisten.

Als erstes dieser 8 Jahre kann 1897 nicht gerechnet werden; denn M. war damals noch zurückgestellt worden und nicht dienstpflichtig. Daß er i. J. 1900, wo er einen Nachdienst absolvierte, die Ersatzsteuer für 1897 zurückerhielt, ändert nichts daran. Die persönliche Dienstpflicht besteht nicht nur in der Teilnahme an einem Instruktionskurse, sondern auch in der Pflicht zur Unterhaltung der Ausrüstung, der Teilnahme an Inspektionen und Schießübungen und zum aktiven Dienst.

(Wenn die letzte Erwägung konsequent befolgt würde, müßte die Praxis auf einen ganz andern Boden gestellt werden; der Dienstpflichtige, der einen Instruktionsdienst versäumt, hätte die Steuern nicht zu zahlen. B.)

Handelsregister.

12. Schweizerischer Grossistenverband in Basel, vom 9. Nov. 1906. **Zusatz zur Firma.** (B. Bl. 1906, V, 607, 611; 1907, I, 548).

Der Grossisten-Verband verlangt, daß in der Firma „B. Dreyfus" der Zusatz *„Größtes Parteiwarengeschäft der Schweiz"* gestrichen werde.

Da der vom Rekurrenten angerufene Rechtssatz, Art. 867, Abs. 2, O. R., von Amtes wegen anzuwenden ist, braucht seine *Legitimation* nicht untersucht zu werden.

Bis jetzt verstand die Praxis unter *Zusätzen* für nähere Bezeichnung des Geschäftes alle Zusätze nicht persönlicher Art; es wurden deßhalb auch Reklamezusätze in das Handelsregister eingetragen. Die Eintragung von Geschäftsanpreisungen als Firmenzusätze widerspricht aber dem Wortlaut des Art. 867, Abs. 2 O. R. („nähere Bezeichnung des Geschäftes"); sie birgt die Gefahr, daß durch eine scheinbar durch die Behörde gebilligte Aeußerung das Publikum getäuscht werde; und auch wenn sie nicht täuschend sind, gehören solche marktschreierischen Zusätze nicht ins Handelsregister, da es nur sachliche und kontrollierbare Angaben enthalten soll.

Digitized by Google

13. Società anonima Italo-Svizzera per trasporti con automobili in Locarno, vom 21. Sept. 1906. **Kantonale Stempelgebühr.** (B. Bl. 1907, I, 549).

Wenn Art. 41, Abs. 3, der Verordnung über das Handelsregister die kantonalen Vorschriften über Stempelung vorbehält so hat dies nicht die Bedeutung, daß die Eintragung (im vorliegenden Falle eine Statutenänderung) ins Handelsregister von der Entrichtung der kantonalen Stempelsteuer abhängig gemacht werden dürfe; sonst würde in Fällen, wo die Steuer bestritten ist, die Eintragung in unzulässiger Weise verzögert. Die kantonale Steuerhoheit ist genügend gewahrt, wenn bei der Eintragung der angemeldeten Tatsachen die Ansprüche des kantonalen Fiskus vorbehalten bleiben.

14. Zollikofer & Co. in St. Gallen, vom 13. Nov. 1906. **Unterscheidender Zusatz.** (B. Bl. 1906, V, 699; 1907, I, 549).

Die Beschwerdeführer verlangen die Aenderung der im Handelsregister eingetragenen Firma „Buchdruckerei Zollikofer & Co.", weil sie sich nicht deutlich von ihrer eigenen Firma „Zollikofer & Co." unterscheide.

Es ist richtig, daß der Registerführer nach Art. 868 O. R., auf den die Rekurrenten ihre Beschwerde stützen, von Amteswegen zu prüfen hat, ob sich die angemeldete Firma von der bereits eingetragenen deutlich unterscheide. Ist eine *Firma* aber *einmal eingetragen* und beklagt sich der Inhaber einer anderen, daß sie sich von seiner eigenen nicht deutlich genug unterscheide, so hat er sich mit seinem Begehren an den *Richter* zu wenden. Art. 30 der Verordnung findet auch hier Anwendung. Die Registerbehörde kann nur dann von Amtes wegen auf die einmal rechtskräftig eingetragene Firma zurückkommen, wenn sie nachträglich wegen veränderter Umstände, z. B. Auflösung einer Gesellschaft, unrichtig wird.

15. Verein „Alkoholfreie Wirtschaft in Küssnacht", vom 3. Juli 1906. **Verein oder Genossenschaft?** (B. Bl. 1906, IV, 175).

Einen *„gemeinsamen Zweck des wirtschaftlichen Verkehrs"* (Art. 678 O. R.) verfolgen diejenigen Personenverbände, welche für ihre Mitglieder irgendwelchen materiellen Vorteil, irgendwelche wirtschaftliche Besserstellung beabsichtigen; wenn ein Personenverband dagegen einen *idealen*

Digitized by Google

Zweck verfolgt (Art. 716 O. R.), ist er kein Verein, auch wenn er zu diesem Zweck eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet. Da die Rekurrenten durch den Betrieb einer alkoholfreien Wirtschaft nur den Alkoholismus bekämpfen wollen, sind sie als Verein und nicht als Genossenschaft zu betrachten.

Civilstand.

16. Lina Meignez c. Aufsichtsbehörde des Kantons Waadt, vom 14. Sept. 1906. **Zeitpunkt des Eheabschlusses.** (B. Bl. 1906, IV, 560).

Die Witwe L. Favre, Braut des Ch. Meignez, hatte bei der Trauung vor dem Civilstandsbeamten in Lausanne, die gesetzliche Frage, ob sie die Ehe mit dem Bräutigam eingehen wolle, mit Ja beantwortet, sie wollte aber das Eheregister nicht unterzeichnen. Als ihr die waadtländischen Civilstandsbehörden einen Registerauszug auf ihren früheren Stand und Namen verweigerten, rekurrierte sie an den Bundesrat.

Der Bundesrat wies die Beschwerde ab, da die Ehe geschlossen werde mit der mündlichen Erklärung beider Nupturienten; der Civilstandsbeamte erklärt darauf die Ehe als geschlossen und nach Art. 39 haben die „Eheleute" die Eintragung zu unterschreiben. — Die Weigerung der Ehefrau, zu unterschreiben, ist durch den Civilstandsbeamten im Eheregister zu konstatieren.

Grundsätze des Verfahrens.

17. Konkursamt Zug c. Graubünden, vom 10. Dezember 1906. **Kompetenz.** (Vgl. S. 364 Nr. 10.)

Das Konkursamt Zug ist vom Kleinen Rat von Graubünden gebüßt worden, weil es an einen Bewohner freihändig Spirituosen verkauft hatte ohne Patent. Der Bundesrat erklärte sich im Einverständnis mit dem Bundesgericht *kompetent,* über die vom Konkursamt Zug erhobene Beschwerde zu entscheiden, ob Art. 31 B. V., Art. 17 des Alkoholgesetzes und Art. 256 des Betreibungsgesetzes verletzt seien.

18. J. Schnetzer c. Thurgau, Oktober 1906. **Meinungsäusserung des Bundesrates an das Bundesgericht betr. Kompetenz.**

Die Frage, ob gewissen Personen wegen Umgehung der Vorschriften über die *Unvereinbarkeit des Wirteberufes mit*

Digitized by Google

öffentlichen Aemtern das Wirtschaftspatent in willkürlicher Weise verweigert worden sei, ist nach Art. 14 B. V. durch das Bundesgericht zu beurteilen; wenn sich die Rekurrenten dagegen über die Schmälerung ihres passiven Berufsrechtes beklagten, wäre die Beschwerde vom Bundesrat zu entscheiden.

19. Widmer-Gabele u. K. c. Zürich, vom 2. Nov. 1906. **Kompetenz. Erschöpfung des Instanzenzuges** (s. S. 363 Nr. 7).

Die Beurteilung der Frage, ob der Regierungsrat durch den Erlaß einer Verordnung über die Stellenvermittlung den Grundsatz der *Gewaltentrennung* durch die Anmaßung gesetzgeberischer Gewalt verletzt habe, gehört in die Kompetenz des Bundesgerichts.

Gegen *Entscheide der obersten kantonalen Verwaltungsbehörde* kann direkt an den Bundesrat rekurriert werden (Salis, II, Nr. 283). Das Rekursrecht würde in unzulässiger Weise erschwert, wenn man die Entscheidung des Regierungsrates vorher noch an den Kantonsrat weiterziehen müßte.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

24. Succession in den Werkvertrag.

„Nun kann die Forderung des Unternehmers zweifellos übertragen werden, jedoch nur behaftet mit der entsprechenden Verpflichtung, d. h. es steht dem Besteller bei Geltendmachung der Werklohnforderung des Cessionars die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, je nachdem aus der Person des Cedenten oder aus derjenigen des Cessionars. Allein im vorliegenden Falle ist für diese Einrede kein Platz, denn die Rechtsnachfolgerin der Unternehmerin hat ja ausdrücklich ihre Erfüllungsbereitschaft erklärt. Der Standpunkt des Beklagten könnte daher nur dann geschützt werden, wenn es sich bei den Verpflichtungen des Unternehmers im vorliegenden Falle um Verbindlichkeiten handeln würde, die überhaupt nicht übertragbar wären. Davon kann jedoch keine Rede sein. Für die Erstellung der Hochspannungsleitung war die neue Gesellschaft ein gerade so guter Schuldner wie die alte. . . . Jedenfalls kann nicht

Digitized by Google

gesagt werden, dass die Ausführung des Werkes unübertragbar war. Aus Art. 371 O. R. ist im Gegenteil als allgemeiner Grundsatz zu folgern, dass die Verbindlichkeiten des Unternehmers auf einen Rechtsnachfolger übergehen", wofür auch auf Art. 211 Sch. K. G. verwiesen wird.

Urteil v. 1. Mai 1908 i. S. Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg A. G. ca. Gosswiler & Co.

25. Starkstromleitungen und kantonale Strassenpolizei; Art. 46 des Bundesgesetzes betr. die elektr. Schwach- und Starkstromanlagen, vom 24. Juni 1902.

„Die Auffassung der Rekurrentin, wonach die ganze Sicherheits- und Verkehrspolizei an Starkstromleitungen vom Bunde nach Bundesrecht ausgeübt würde, findet in genanntem Bundesgesetze durchaus keine Stütze. Vom Bunde wird vielmehr nur die Bewilligung zur Erstellung und zum Betriebe des Unternehmens erteilt, und eine Kontrolle über die bestehenden Unternehmen ausgeübt, die sich auf die technische Seite des Betriebes und seiner Einrichtungen bezieht. Was dagegen die Inanspruchnahme des öffentlichen Eigentums der Kantone und Gemeinden für Starkstromanlagen anbetrifft, so ist zwar dem Unternehmer, wie gegenüber Privateigentum, in Art. 46, Abs. 2, das Recht der Mitbenutzung auf dem Expropriationsweg eingeräumt, aber es ist gleichzeitig, in Art. 46, Abs. 5, ausdrücklich der Vorbehalt gemacht, dass die Inanspruchnahme öffentlichen Areals für die Mitbenutzung durch die elektrischen Anlagen nur stattfinden darf, „unter Wahrung der andern Zwecke, für welchen das in Anpruch genommene Gebiet bestimmt ist." Und darüber, dass solche andere Zwecke auch wirklich gewahrt bleiben, sollen und dürfen die Kantone selber wachen, da der Bund, dessen Kontrolle sich auf Handhabung und Befolgung der bundesrätlichen Vorschriften zur Vermeidung der den Starkstromanlagen eigentümlichen Gefahren beschränkt (Art. 3), hiefür keine Organe bezeichnet, sondern diese Sache den Kantonen überlässt." Die Kantone können daher auch die Einholung einer besonderen polizeilichen Bewilligung zur Benutzung des öffentlichen Eigentums (auch nur im Luftraum) verlangen. Dabei können sie aber die Bewilligung nur an solche Bedingungen knüpfen, die mit der Wahrung der andern öffentlichen Zwecke zusammenhängen, dem das in Anspruch genommene öffentliche Gebiet dient.

Urteil vom 20. Mai 1908, i. S. Elektrizitätswerk Kubel ca. Bezirksgerichtskommission Münchweilen.

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

88. *Partage.* Le partage d'immeubles n'exige, pour sa validité entre parties, pas la rédaction d'un acte écrit.

***Rapport.* La dispense de rapport doit-elle être expressément formulée ou peut-elle résulter implicitement des clauses de l'acte?**

Epoux Maillat-Frésard contre Edmond Maillat et consorts. 27 septembre 1907 (IIe Chambre).

Extrait des considérants:

Quant aux immeubles dépendant de la succession du père François Maillat, ils ont été estimés, allotis et ces lots tirés au sort pour tous les co-héritiers, devant le notaire Villemin, le 22 juillet 1905. Il importe peu qu'un acte écrit de ces opérations n'ait pas été rédigé immédiatement par le notaire et soumis à la signature des parties. Le partage de ces immeubles était consommé par l'effet du tirage au sort, après que les parties ont convenu entre elles de leur estimation et de la formation des lots. Le partage ne peut plus être demandé s'il y a déjà eu acte de partage (arg. a contrario tiré de l'art. 816 c. c. fr.). Les auteurs et la jurisprudence française sont d'avis que le législateur, par un acte de partage, n'a pas entendu exiger un acte écrit, mais une convention mettant expressément fin à l'indivision; cette convention s'est soumise à aucune forme et peut être prouvée par tous les moyens admis par le droit commun (Demolombe t. XV nº 516; Aubry & Rau 4e édt. t. II nº 2795 et ss.). La formalité de l'écriture n'est exigée pour les partages d'immeubles, dans les districts jurassiens, qu'en vue d'arriver à la transcription afin de rendre ces actes opposables au tiers (art. 4 chiffre 4 de la loi du 26 février 1888; art. 1er du décret d'exécution du 24 avril 1890).

Incontestablement, la dispense de rapport ou le préciput doivent être exprès et c'est à celui qui les invoque à les prouver (Amiens, 3 mars 1898, Dalloz, recueil périodique 1898, II. v. p. 294), mais il n'est pas nécessaire que la

Digitized by Google

dispense soit formulée en termes sacramentels (civ. V. 18 mai 1846 D. P. 46, 4/435; Req. 5 avril 1854 D. P. 54, 1, 99; Req. 28 juin 1882 D. P. 85 I, 27), et cette dispense peut être formulée d'une manière quelconque pourvu que la formule employée ne laisse subsister aucun doute snr l'intention du disposant. On s'est demandé si la nécessité d'une dispense expresse impliquait la nécessité d'une déclaration formelle et ad hoc insérée dans l'acte par lequel le déposant a manifesté sa volonté. Suivant certains auteurs toute dispense tacite, c'est-à-dire résultant des circonstances et de l'intention simplement présumée du donateur, est efficace (Demolombe & Colmet de Sauterre, Cours analytique du code civil 2e édit. t. 3 nº 177 bis; Laurant t. 10, nº 573 à 577; Hue, commentaire théorique et pratique du code civil t. 5 nº 338; Baudry-Lacantinerie & Wahl, des successions, 2e édition t. 3. nº 3612). Suivant la jurisprudence française et d'autres auteurs auxquels la Cour de céans se rallie, la dispense de rapport peut résulter non seulement d'une déclaration littérale et spéciale, mais encore du rapprochement des différentes clauses de l'acte, de la nature ou du genre de dispositions et extrinsèques. (Paris 1er avril 1851 D. P, 2, 37; Req. 28 juin 1882 D. P. 85, 1, 27; Paris 13 novembre 1893 D. P. 1894, 2, 71; Demolombe t. 16 nº 230 et ss.; Aubry & Rau 4e éd. t. 6 § 632).

Pour reconnaître si le testateur a entendu dispenser le légataire du rapport de sa libéralité, Demolombe (loc. cit. nº 241) pose comme règle qu'il suffit que l'ensemble des clause de l'acte ou la nature de la disposition d'où l'on veut faire résulter le préciput soit inconciliable avec l'obligation du rapport; de telle sorte que les clauses de l'acte ou la disposition particulière ne pourraient pas être exécutées de la manière dont le disposant a entendu qu'elles le fussent, si le rapport était exigé.

Faisant application de cette règle au cas particulier, il en résulte ce qui suit:

Si les frères Maillat devaient rapporter à la succession de leur père ou à celle de leur mère la maison et ses dépendances dont ils ont été gratifiés, il ne saurait plus être question d'exiger d'eux le paiement des 3000 fr. dont est grevé le legs; on ne saurait admettre que le père ou la mère Maillat ait entendu léguer à leurs deux enfants un bien rapportable et exiger d'eux, en sus, le rapport à leur succession de 3000 fr. Ainsi, le rapport de la maison est

Digitized by Google

inconciliable avec le rapport des 3000 fr. On doit décider que si le père ou la mère Maillat ont imposé comme charge à leurs deux fils le rapport à leur succession d'une somme de 3000 fr., ils entendaient leur léguer par préciput la maison de famille. Le testateur qui lègue un bien d'une estimation cadastrale de 5820 fr. à charge par le légataire de rapporter à sa succession 3000 fr., entend évidemment que ce bien n'est pas rapportable et que la charge imposée tiendra lieu du rapport exigé par la loi. Les conclusions subsidaires des demandeurs ne sont donc pas justifiées.

34. Rejet de l'action du porteur d'un effet de change contre le donneur d'aval, à raison du défaut de présentation de l'effet et du défaut de protêt en suite de l'ordre du tireur de ne pas mettre l'effet en circulation.

Banque Populaire Suisse à Tramelan contre Constant Schaller. 1er octobre 1907 (Ire chambre).

Extrait des considérants:

Aux termes de l'art. 762 C. O. pour qu'un recours faute de paiement puisse être exercé, il faut

1. que la lettre de change ait été présentée au paiement;
2. que cette présentation et le défaut de paiement aient été constatés par un protêt dressé en temps utile.

Or, la demanderesse dit elle-même sous nº 13 que les traites dont le paiement est réclamé n'ont pas été protestées, conformément, il est vrai, à un ordre écrit des tireurs qui ont prié la demanderesse de garder ces traites en portefeuille et de ne pas les mettre en circulation. Toutefois cet ordre n'est opposable qu'à ceux de qui il émane, aux tireurs (voir Hafner, notes 2 et 3 ad. art. 763; Rossel, Manuel du droit féd. des oblig., 2me éd. p. 922; Schneider & Fick, IIme éd., notes 1, 2, 3, 6 ad. art. 763; Haberstich, traduction de Gilliéron, vol. III, p. 436 et 437; Revue de droit féd. vol. X, p. 29).

35. Art. 564 C. O. Dans la société en nom collectif l'associé indéfiniment responsable peut être recherché personnellement pour une dette sociale dès que la société a été dissoute. Rejet d'une exception dilatoire tendant à ce que l'avoir social soit préalablement discuté.

Constant Schaller contre Alois Kohler-Studer. 1er octobre 1907. (Ire Chambre.)

Digitized by Google

Extrait des considérants:

Exception dilatoire. Le demandeur qualifie avec raison son action d'action personnelle en paiement dirigée par le créancier d'une société en nom collectif, après dissolution de celle-ci, contre l'un des associés solidairement responsable. Il n'est pas contesté que la réclamation litigieuse constitue une dette de la société en nom collectif Schwab & Kohler dont le défendeur faisait partie en qualité d'associé indéfiniment responsable, que cette société a été dissoute le 31 octobre 1906, que la dissolution a été inscrite au registre du commerce et même que la société a été liquidée par le fait que l'un des associés, M. Louis Schwab, en a repris l'actif et le passif, ce qui constitue une forme de liquidation (voir Schneider & Fick, vol. II p. 556 note 7).

Or, aux termes de l'art. 564 al. 3 C. O., l'associé peut être recherché personnellement pour une dette sociale lorsque la société a été dissoute, d'où il ressort déjà que l'exception dilatoire n'est pas fondée.

Le défendeur part du principe que la société en nom collectif constitue une personne juridique qui peut acquérir et contracter pour son propre compte et dont la fortune sert en premier lieu à payer les dettes sociales, les associés n'étant personnellement responsables de celles-ci qu'au cas où l'actif social ne suffirait pas pour les couvrir.

La question de savoir si la société en nom collectif constitue une personne juridique est controversée en doctrine, mais la jurisprudence du Tribunal fédéral, à laquelle s'est ralliée la Cour de céans (voir arr. du Trib. féd. Cavin-Grandjean c. Kurz-Manz du 21 octobre 1898, Rec. off. vol. 24, 2e part., p. 731 et suiv.; Zeitschr. d. bern. Jur. Ver., vol. 42, p. 325) a dénié à la société en nom collectif le caractère de personne juridique. On admet maintenant généralement que la société en nom collectif est une communauté en main commune — Rechtsgemeinschaft zu gesamter Hand — (voir Steinmann, Haftung der Kollektivgesellschafter für Gesellschaftsschulden nach schweiz. O. R.; Rob. Courvoisier, De la propriété en main commune pag. 31).

Il est exact, comme le prétend le défendeur, que la responsabilité des associés à raison des engagements sociaux n'est que subsidiaire, en ce sens qu'ils peuvent renvoyer les créanciers les actionnant personnellement à discuter préalablement la fortune sociale et que ce n'est qu'en cas d'insuffisance de cette dernière que ceux-ci peuvent s'attaquer aux

Digitized by Google

biens personnels des associés. Mais le défendeur oublie que cette responsabilité n'est à l'état subsidiaire que tant que la société subsiste; qu'une fois la société dissoute les associés peuvent être actionnés directement par les créanciers sociaux. Cette action directe est donnée par le fait seul de la dissolution de la société, indépendamment de toute liquidation c'est à dire sans que le créancier soit tenu d'attendre le résultat de la liquidation (voir Zeitschr. d. bern. Jur. Ver. vol. 39 p. 226).

L'exception dilatoire doit donc être rejetée.

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

37. Zum Tatbestand des Betruges.

Sind die im Verkehrsleben gebräuchlichen, allgemein gehaltenen Zusicherungen und Anpreisungen der Güte und Preiswürdigkeit einer Ware als strafbare betrügerische Täuschungen aufzufassen, wenn sie der Wahrheit nicht entsprechen?

Eine Vermögensschädigung liegt nur vor, wenn ein pekuniärer Nachteil eingetreten ist.

Eine Vermögensschädigung liegt nicht vor, wenn der Getäuschte den vollen Gegenwert für seine Veräusserungshandlung erhält. Hiebei ist nicht einzig auf den *objektiven* Wert eines Gegenstandes abzustellen, die individuellen Verhältnisse sind wenigstens insofern zu berücksichtigen, als eine Vermögensbeschädigung anzunehmen ist, wenn die vom Getäuschten erworbene Sache *für ihn* keinen oder einen geringen Wert hat und er zugleich ausser stande ist, die erworbene Sache für einen dem objektiven Werte derselben entsprechenden Preis ohne Schaden wieder zu veräussern. — Bedeutung der individuellen Vermögensverhältnisse des Getäuschten für die Frage der Vermögensschädigung.

Polizeikammer, i. S. Heinrich Wolter, vom 9. Nov. 1907.

Aus den Entscheidungsgründen:

„I. Heinrich Wolter ist angeschuldigt des Betruges, wobei der verursachte Schaden Fr. 300, eventuell Fr. 30, aber Fr. 300 nicht übersteigt.

Das gegen Heinrich Wolter durchgeführte Verfahren hat in *tatsächlicher Hinsicht* folgendes Ergebnis gehabt:

Digitized by Google

Im August 1906 erließ der Angeschuldigte im „Anzeiger der Stadt Bern“ folgendes Inserat:

„Achtung! Noch nie dagewesen! Achtung!
Eine garantiert gutgehende UHR MIT KETTE
für nur Fr. 2.50
versenden wir, so lange der Vorrat reicht, gegen vorherige Einsendung des Betrages oder Nachnahme; wir machen diesen enorm billigen Preis, um unser Lager von über 100,000 Stück zu liquidieren.
Selten günstige Gelegenheit für Wiederverkäufer.
Uhrenfabrik „Aralk“, Chaux-de-Fonds.
Garantie 2 Jahre. Garantie 2 Jahre.“

Auf dieses Inserat lief eine große Anzahl von Bestellungen ein, in der Voruntersuchung wurden gegen 100 Besteller als Zeugen einvernommen; fast alle Besteller erklären, daß sie der Meinung gewesen seien, daß es sich um eine Taschenuhr handle, einige haben denn auch ausdrücklich Herren-, Damen- oder Knabenuhren bestellt. Alle Besteller erhielten aber statt der erwarteten bestellten Taschenuhr eine sog. Schwarzwälderuhr (Jockeleuhr) mit Gewichtkette; die meisten mußten für diese Sendung Fr. 3 bezahlen, nämlich Fr. 2.50 für die Uhr und 50 Cts. für Verpackung, Versendung und Frankatur, sodaß sie die Uhr auf Fr. 3 zu stehen kam.

Der Experte bestimmt den Wert einer solchen Schwarzwälderuhr auf Fr. 2.50 und erklärt, daß das Werk nicht schlecht, der Kasten preiswürdig sei und daß eine solche Uhr in Bern zu Fr. 2.50 und teurer verkauft werde. Die Berechnung von 50 Cts. für Versendung etc. hält er zu hoch.

Der Angeschuldigte behauptet, im Laufe eines Jahres 25—30,000 Stück solcher Schwarzwälderuhren verkauft zu haben, er gibt zu, daß er in Wirklichkeit kein Warenlager von 100,000 Stück zu liquidieren gehabt, daß er vielmehr die Uhren nach Bedürfnis von seinem Lieferanten Gerhand in Triberg (Baden) bezogen habe. Wolter macht im Weitern geltend, er habe „Uhr mit Kette“ ausschreiben müssen, weil es noch Schwarzwälderuhren mit Federaufzug gebe, den Passus betr. Liquidierung des Warenlagers habe er aufgenommen, damit das Inserat besser in die Augen falle.

II. *In rechtlicher Hinsicht* ist dieses Beweisergebnis wie folgt zu würdigen:

Zum Tatbestand des *Betruges*, dessen Wolter angeschuldigt ist, gehört eine Vermögensbeschädigung, herbei-

Digitized by Google

geführt durch arglistige Täuschung, d. h. durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung oder Entstellung wahrer Tatsachen. Die Polizeikammer hält dafür, daß in casu sämtliche Begriffsmerkmale des Betruges (Täuschung, Vermögensschaden, Kausalzusammenhang zwischen beiden) gegeben seien.

1. Was zunächst das Moment der *Täuschung* anbelangt, so ist zu bemerken:

Durch die Anpreisung einer „Uhr mit Kette" mußte bei jedem Leser des Inserates der Glaube erweckt werden, daß eine *Taschenuhr mit Kette* in Frage stehe, denn nur bei einer Taschenuhr bedarf die Kette als eines selbständigen Vermögensgegenstandes einer besondern Erwähnung, bei einer Wanduhr mit Gewichtskette gehört die Kette zur Uhr selber und bildet einen wesentlichen Bestandteil derselben. Durch den übrigen Inhalt des Inserates mußte dieser Irrtum über die Beschaffenheit und den Wert des von Wolter zum Verkaufe angebotenen Gegenstandes bestärkt oder die Entstehung des Irrtums befördert werden. Wer bei der bloßen Ausschreibung zum Verkaufe einer Uhr mit Kette für Fr. 2.50 noch Zweifel darüber gehabt hat, daß damit eine Taschenuhr gemeint sei, mußte sich bei der Mitteilung, daß die Uhrenfabrik Aralk diesen „enorm billigen Preis" machen könne, um ihr „Lager von über 100,000 Stück zu liquidieren", daß dieser Verkauf zudem eine „selten günstige Gelegenheit für Wiederverkäufer" bedeute, sagen, daß er wirklich Gelegenheit habe, eine *Taschenuhr mit Kette* zu dem außergewöhnlichen Preise von Fr. 2.50 zu kaufen. Durch die Angabe, daß ein Warenlager zu liquidieren sei, wurde der ungewöhnliche Preis von Fr. 2.50 erklärlich gemacht und dem ganzen Unternehmen der Anschein gegeben, daß es sich dabei um einen Zufalls-, oder Gelegenheitsverkauf handelt. Als ein besonderer Lockvogel mußte die Angabe erscheinen, daß das Unternehmen eine selten günstige Gelegenheit für Wiederverkäufer biete, denn dadurch mußte ein jeder Leser des Inserates in der Annahme, daß eine Taschenuhr mit Kette in Frage stehe, bestärkt werden, da nur unter der Voraussetzung, daß eine *Taschenuhr* mit Kette für Fr. 2.50 in den Handel gebracht wird, dem Wiederverkäufer eine seltene Gelegenheit geboten werden kann, nicht aber, wenn es sich um eine Schwarzwälderuhr handeln würde, die der Wiederverkäufer selber nur zum Preise von Fr. 2.50 abgeben könnte. — Das Inserat ist so abge-

Digitized by Google

faßt, daß bei jedem Leser der Glaube erweckt werden konnte, daß eine Taschenuhr mit Kette zum Preise von Fr. 2.50 angepriesen werde, die aber in Wirklichkeit einen höhern Wert repräsentiere und die der Verkäufer nur infolge ganz besonderer Umstände (Gelegenheits-, Zufalls-, oder Notverkauf) zu einem unter dem Werte stehenden Preise abgeben könne.

Die Verteidigung hat heute geltend gemacht, daß bei einer Reklame nicht jede Angabe als wahr hingenommen werden dürfe. Es ist richtig, daß im gegenwärtigen scharfen Konkurrenzkampfe die alten Reklamemittel nicht mehr ausreichen und neue, bisher ungewöhnliche eingeführt werden, und daß nicht jede Anpreisung als unbedingt der Wirklichkeit entsprechend angenommen werden darf. Die im Verkehrsleben gebräuchlichen, oft genug der Wahrheit wenig entsprechenden allgemein gehaltenen Redensarten, Zusicherungen und Anpreisungen der Güte, Preiswürdigkeit der Ware etc. sind an sich nicht als strafbare betrügerische Täuschungen aufzufassen. Von Betrug kann nicht die Rede sein, wenn es sich um eine übertriebene, marktschreierische Lobpreisung und Empfehlung einer Ware handelt, wie sich deren die moderne Reklame bedient, weil und wofern es dabei zunächst nur darauf ankommt, die Aufmerksamkeit, Neugier, Kauflust des Publikums zu erregen, eine Täuschung des Publikums sich aber nicht feststellen läßt, weil die gerühmten Eigenschaften der Ware nicht nach einem festen Maßstabe bestimmbar sind, ihre Anerkennung oder Leugnung vielmehr von individuell verschiedener Ansicht, Meinung, Geschmacksrichtung abhängig ist (vgl. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II, 1. Abt. S. 264).

Anders verhält es sich aber, wenn keine bloßen Anpreisungen vorliegen, die eine Bestimmung der in Aussicht gestellten Eigenschaften nicht zulassen, sondern der Verkäufer dem kauflustigen Publikum einen fertigen Vertragsentwurf vorlegt, in welchem der Kaufsgegenstand nach Objekt und Preis fest bestimmt ist, und sich verpflichtet, diese Ware abzugeben, solange der Vorrat reicht, sodaß der Käufer nur noch eine nackte Annahmerklärung abzugeben hat, um den Vertragsabschluß herbeizuführen. In einem solchen Falle darf der Besteller auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers zählen und die Erfüllung dessen, was der Verkäufer versprochen, erwarten. Ein solcher Fall ist der vorliegende. Wolter hat in seinem Inserate nicht

Digitized by Google

allgemein gehaltene Anpreisungen und Versicherungen aufgenommen, sondern ganz bestimmt eine „Uhr mit Kette“ zum Preise von Fr. 2.50 angeboten. Die übrigen Angaben (Liquidierung eines Warenlagers, seltene Gelegenheit für Wiederverkäufer) sollten nur dazu dienen, den Preis von Fr. 2 50 für eine *Taschenuhr mit Kette* zu erklären.

Es steht somit fest, daß die Käufer durch das Inserat in die irrtümliche Annahme versetzt wurden, daß sie bei der Uhrenfabrik „Aralk“ eine Taschenuhr mit Kette zum äußergewöhnlich billigen Preise von Fr. 2.50 beziehen könnten, daß sie durch diesen mittelst Täuschung erregten Irrtum bestimmt wurden, bei der Fabrik Uhren zu bestellen und den verlangten Kaufpreis von Fr. 2.50 nebst Spesen zu bezahlen.

Der vorliegende Sachverhalt erfüllt aber auch

2. das Tatbestandsmerkmal der *Vermögensschädigung*.

Eine Vermögensbeschädigung liegt vor, wenn der Geldwert des Vermögens durch betrügerische Handlung verringert wird, wenn also ein pekuniärer Nachteil eingetreten ist. (So die Praxis der Polizeikammer und des Reichsgerichts und die meisten deutschen Schriftsteller, vgl. insb. Liszt, Ohlshausen, Hälschner).

Die Käufer haben einen Betrag von Fr. 2.50 plus 50 Cts. (für die Spesen) ausgegeben und dafür einen Gegenstand erhalten, der einen Wert von Fr. 2.50 repräsentiert und in Bern zu diesem Preise verkauft werden kann.

Hier läßt sich einmal sagen, daß die Käufer insofern eine Vermögenseinbuße erlitten haben, als sie eine zu große, den Verkehrsgebräuchen nicht entsprechende Entschädigung für Verpackung und Frankatur entrichten mußten. Dies gilt insbesondere für diejenigen Käufer, welche ausdrücklich eine Taschenuhr verlangt hatten.

Das Hauptgewicht ist aber auf folgende Tatsachen zu legen:

Von einer Vermögensbeschädigung kann nicht die Rede sein, sobald der Getäuschte den vollen Gegenwert für seine Veräußerungshandlung erhält. Hiebei ist aber nicht einzig auf den im Preise seinen Ausdruck findenden *objektiven* Wert eines Gegenstandes abzustellen, die individuellen Verhältnisse sind wenigstens insofern zu berücksichtigen, als daß eine Vermögensbeschädigung anzunehmen ist, wenn die vom Getäuschten erworbene Sache *für ihn* gar keinen oder einen geringern Wert hat und er zugleich außer stande ist,

Digitized by Google

die erworbene Sache für einen dem *objektiven* Werte derselben entsprechenden Preis ohne Schaden wieder zu veräußern. Es ist zu beachten, daß die Vermögenslage des *Getäuschten* in Frage steht, daß *für ihn*, für *sein* Vermögen, die Gegenleistung den Wert seiner Leistung enthalten muß. (So Ohlshausen, Kommentar zum dt. Strafgesetzbuch, Anmerkung Nr. 22 zu § 263 und Liszt, Lehrbuch des dt. Strafrechts, XI. Aufl., S. 457).

Weiter aber geht das Reichsgericht und mit ihm die überwiegende Meinung in der Doktrin. Das grundlegende Urteil des Reichsgerichts ist dasjenige der vereinigten Strafsenate vom 20. April 1887 (Entscheidungen Bd. XVI, S. 1 ff.) In diesem Urteil wird folgender Standpunkt vertreten:

Ist von den Wirkungen einer Täuschungshandlung die Rede, so hat man zu beachten, daß sich das Vermögen jedes Einzelnen von dem aller andern Menschen fast ausnahmslos nach seinen Bestandteilen, nach der Benutzbarkeit derselben und nach der tatsächlich stattfindenden Benutzungsart unterscheidet; überdies wird die letztere nicht bloß durch die Beschaffenheit des Vermögens selbst, sondern auch durch die persönlichen Eigenschaften des Inhabers desselben, seinen Stand, seinen Beruf, und durch die von ihm nach Maßgabe aller dieser Faktoren verfolgten Vermögenszwecke mannigfach bedingt. Das Stattfinden einer dem Getäuschten versprochenen Leistung und die tatsächliche Beschaffenheit der Leistung z. B. die Beschaffenheit der demselben gelieferten Sache, ebenso das Ausbleiben der Leistung oder einer solchen Leistung, wie sie versprochen war, bringt daher für das Vermögen der einen Person möglicherweise ganz andere, günstige oder ungünstige, objektive Wirkungen hervor, wie auf das Vermögen irgend einer andern Person. Für das Strafrecht überhaupt, folglich auch für die Frage nach Vermögensbeschädigung beim Betruge, hat aber stets nur der gegebene konkrete Sachverhalt Bedeutung. *Hieraus ergibt sich der Grundsatz, daß die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung eingetreten sei oder nicht, streng nach der Individualität des gegebenen konkreten Falles, also nach den individuellen Vermögensverhältnissen dieses bestimmten Getäuschten, beantwortet werden muß.* — Nur die individuelle Beurteilung des konkreten Falles kann zu einem richtigen Ergebnisse führen. Denn die meisten Gegenstände haben nicht für alle Menschen den gleichen Vermögenswert, weil sie nicht für alle Menschen gleich brauchbar sind,

Digitized by Google

insbesondere dann nicht, wenn sie erworben werden, um sie nach Maßgabe ihrer natürlichen Eigenschaften zu gebrauchen oder zu verbrauchen; unter Umständen auch dann nicht, wenn sie erworben werden, um sie weiter zu veräußern, z. B. Handel damit zu treiben. Der aus der Unbrauchbarkeit einer Sache zu den von einer bestimmten Person verfolgten Vermögenszwecken sich ergebende wirtschaftliche Minderwert derselben kann durch das daran erworbene juristische Recht und dessen unanfechtbare Vollständigkeit nicht ersetzt werden; wie ein juristisch zweifelloses Forderungsrecht wertlos ist, wenn der Schuldner nicht zahlen kann und sonstige Sicherheit nicht besteht, so ist eine Sache für den Eigentümer trotz dessen zweifellosen Eigentumsrechtes wertlos, wen derselbe sie zu seinen Zwecken nicht verwenden kann. Darauf, daß der Erwerber einer Sache nur andere Zwecke zu verfolgen brauche, damit die Sache für ihn brauchbar werde, kann sich der Täuschende nicht berufen, teils weil auf diese Weise nur ein z. Zt. des Erwerbes bereits entstandener Schaden nachträglich wieder ausgeglichen, teils weil der strafrechtliche Grundsatz verlassen werden würde, daß immer nur der vorhandene Tatbestand nicht ein davon verschiedener, wenn auch herstellbarer, darüber entscheidet, ob ein Vergehen verübt worden ist. — Als ohne weiteres für alle Menschen und jederzeit in vermögensrechtlicher Hinsicht gleich wertvoll gilt nur das Geld nebst den nach Zeit und Ort im Verkehr anerkannten unmittelbaren Repräsentanten desselben. Alle Gegenstände außer dem Gelde und dessen unmittelbaren Repräsentanten haben objektiven Wert nur, insofern sie als in Geld umgesetzt gedacht werden; ob aber ein solcher Umsatz möglich und zu welchem Preise er ausführbar ist, darüber entscheiden wiederum die individuellen Umstände des Falles. Auch in einem Falle, wo der Getäuschte eine Sache nicht zum Verkaufe erwerben wollte, sondern um sie gemäß ihren natürlichen Eigenschaften anderweitig zu gebrauchen oder zu verbrauchen, und wo dies für ihn wegen der Beschaffenheit der Sache nicht möglich ist, kann bei der Frage, ob er an seinem Vermögen beschädigt worden sei, geprüft werden müssen, ob er in der Lage war, die Sache sofort in Geld umzusetzen, ob er also schon im Augenblick des Erwerbes in der Sache einen objektiven, d. h. einen Geldwert in seinem Vermögen hatte, welcher dann gegenüber der für die Sache gemachten Aufwendung, sowie

Digitized by Google

gegenüber sonstigen ihm aus der Täuschungshandlung erwachsenen Vermögensnachteilen in Rechnung gezogen werden muß. Die Wiederverkäuflichkeit einer Sache hebt also für sich allein zwar die im übrigen vorliegende Vermögensbeschädigung nicht notwendig auf, ist aber für die Frage nach letzterer auch nicht notwendig ohne Belang, vielmehr können in dieser Beziehung wiederum nur die konkreten Umstände entscheiden, und ist insbesondere der Umstand erheblich, ob der Verkauf nur mit Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten, oder ob er ohne jede Mühe und Bedenken bewirkt werden konnte, und zwar sofort z. Zt. des Erwerbes der Sache; eine erst später eintretende Verkaufsmöglichkeit würde nur dazu dienen können, den bereits entstandenen Schaden wieder zu ersetzen, also der Vollendung des Betruges erst nachfolgen, folglich für den Tatbestand des Vergehens nicht in Betracht kommen. — Der Grundsatz der Individualisierung bei Beurteilung der Frage nach der Vermögensbeschädigung enthält keine Konzession an die subjektive Willkür des Getäuschten, insbesondere nicht an das Belieben desselben, ob er die ihm gelieferte Sache gebrauchen wolle; es handelt sich vielmehr darum, ob er sie gebrauchen kann. Dieses Können hat man anzuerkennen als bedingt durch die Vermögenszwecke des Getäuschten, und solche Vermögenszwecke können dem Getäuschten nicht willkürlich aufgedrungen werden. Aber der Getäuschte ist doch nicht beschädigt, wenn er die erworbene Sache zwar nicht zu dem bei dem Erwerb ins Auge gefaßten Zwecke, wohl aber zu einem andern gebrauchen kann, der ihm ebenso genehm ist, jedenfalls dann nicht beschädigt, wenn er diesen andern Zweck schon z. Zt. des Erwerbes ebenfalls ins Auge gefaßt hatte, vorausgesetzt, daß es sich nur um direkte Beschädigung durch Unbrauchbarkeit der Sache handelt. Denn selbstverständlich kann der Erwerber nicht bloß in dem Falle, wenn die erworbene Sache dem vertragsmäßigen Zwecke entsprach, sondern auch dann, wenn sie für ihn in anderer Weise verwendbar ist, dadurch beschädigt sein, daß er durch Irrtumserregung bewogen wurde, einen zu hohen Preis dafür zu bezahlen oder eine sonstige zu große Aufwendung dafür zu machen. Wie jede unnütze Ausgabe, also jede Ausgabe für einen unbrauchbaren Gegenstand, den Vermögenswert herabsetzt, geschieht dies auch durch eine zu hohe Ausgabe; die letztere ist unnütz, soweit sie zu hoch ist. Ob sie es ist, unterliegt wiederum

Digitized by Google

der Beurteilung nach Maßgabe der zeitlichen und örtlichen Verhältnisse.

Im vorliegenden Falle muß eine Vermögensschädigung angenommen werden, und zwar sowohl vom Standpunkt von Liszt und Ohlshausen, als auch von demjenigen des Reichsgerichts und der überwiegenden Meinung aus.

Es steht fest, daß kein einziger Besteller eine Schwarzwälderuhr verlangt hat, für jeden derselben war die Gegenleistung eine andere als die gewollte. Einige Käufer haben zudem, wie die Beweisführung ergibt, ausdrücklich Taschenuhren bestellt. Mit der Schwarzwälderuhr konnte kein Käufer denjenigen Gebrauch machen, den er vom bestellten Gegenstande erwartete und nach dem Inserat erwarten konnte. Eine Taschenuhr weist eine ganz andere Beschaffenheit auf, als eine Wanduhr, der bestimmungsgemäße Gebrauch dieser Gegenstände ist ein grundverschiedener als der vorausgesetzte Gebrauch; es kann den Getäuschten auch nicht zugemutet werden, die Wanduhr gegen die bestellte Taschenuhr hinzunehmen. Die Wanduhr repräsentiert für dieselben entweder gar keinen Wert oder doch einen geringern, als die versprochene Gegenleistung. Eine Veräußerung der Wanduhren zum gleichen Preise, wie sie dafür bezahlt haben, ist für die Käufer ausgeschlossen. Eine solche Veräußerung wäre höchstens einem Uhrenhändler möglich, der ohne weiteres Gelegenheit hat, mit dem uhrenbedürftigen Publikum in Verbindung zu treten. Anders aber der Private, der nur mit Mühe und Schwierigkeiten überhaupt einen Käufer finden kann, geschweige denn einen solchen, der ihm Fr. 2.50 für die Schwarzwälderuhr bezahlt, die er ja übrigens im Uhrenladen ganz neu zum selben Preise haben kann. Auf alle Fälle wäre dem Käufer der Wolterschen Uhren durch die Umtriebe, die nötig sind, um einen neuen Käufer zu finden, eine nicht unbedeutende Vermögenseinbuße erwachsen. Da also eine sofortige Veräußerung der Wanduhr ohne Einbuße für den Getäuschten nicht möglich ist, so liegt bei jedem derselben eine Vermögensbeschädigung vor. Diese Vermögensbeschädigung besteht zunächst in einer positiven Vermögensverringerung.

Dazu kommt aber noch ein mittelbarer Schaden:

Die Käufer haben sich mit dem Angeschuldigten eingelassen in der Hoffnung gegen den Preis von Fr. 2.50 eine Taschenuhr mit Kette zu erhalten, die in Wirklichkeit

Digitized by Google

einen größern Wert als Fr. 2.50 repräsentiere. Auf diesen Gewinn durften sie nach der Art und Weise, wie der Verkäufer seine Ware anbot, zählen. Das Inserat konnte nicht anders verstanden werden, als daß eine Taschenuhr mit Kette Gegenstand des Kaufvertrages bilde. Diese Bedeutung durften die Käufer dem von Wolter geäußerten Vertragswillen beimessen. Wenn also der Angeschuldigte das, was er im Inserat versprochen, gehalten hätte, so wäre den Käufern insofern ein Gewinn erwachsen, als sie einen Gegenstand erhalten hätten, der einen größern Wert darstellt, als die von ihnen bezahlten Fr. 2.50 plus 50 Cts. Spesen. Nach den Anordnungen des Vertrages durften sie diesen Gewinn erwarten. Statt einer solchen Taschenuhr erhielten sie aber eine Schwarzwälderuhr, die vom Experten auf Fr. 2.50 gewertet wurde. Sie sind also auch insofern an ihrem Vermögen geschädigt worden, als ihnen durch die täuschende Handlung die Erlangung des erhofften Gewinnes vereitelt worden ist. Dieser Auffassung kann nicht entgegengehalten werden, daß der Käufer sich selbst sagen mußte, daß eine Taschenuhr mit Kette, die der Verkäufer zum Preise von Fr. 2.50 anbietet, nicht einen höhern Wert als Fr. 2.50 darstellen könne, weil der Verkäufer durch ein solches Vorgehen ja nicht nur keinen Gewinn machen, sondern sogar seinen Ruin herbeiführen würde. Dieser Einwand ist deshalb nicht richtig, weil der Angeschuldigte seinem Inserate eine Fassung gab, aus welcher jeder Leser schließen mußte, daß die Fabrik die Uhren nur infolge ganz außerordentlicher Umstände zu einem unter ihrem wahren Werte stehenden Preise abgeben könne (Zufalls- ev. Notverkauf).

Es steht somit fest, daß im vorliegenden Falle ein Vermögensschaden besteht. Daß der pekuniäre Nachteil seinem Betrage nach fixiert werden könne, nimmt die Praxis, wie die Doktrin nicht als erforderlich an, es genügt der Nachweis, daß ein solcher Nachteil vorliegt.

3. Der Tatbestand des Betruges erfordert im Weitern den *Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der Schädigung.* Aus der Benutzung des Wörtchens „mittelst" im Gesetzestexte des Art. 231 St. G. ergibt sich, daß auch das bernische Recht einen solchen Kausalzusammenhang verlangt.

Im vorliegenden Falle war die Täuschung zweifellos das Mittel der Vermögensschädigung der Besteller; sie wurden

Digitized by Google

durch die Täuschung des Angeschuldigten zur vermögensschädigenden Verfügungshandlung bewogen.

4. Ueber das Vorhandensein des subjektiven Tatbestandes kann bei dem vorliegenden Sachverhalte, der sämtliche objektive Momente des Betruges aufweist, kein Zweifel bestehen.

III. In Bezug auf die *Strafausmessung* ist zu bemerken:

Art. 231 St. G. bemißt die auf den Betrug angedrohten Strafen nach dem Betrag des Schadens. Im vorliegenden Falle ist eine ziffernmäßige Bestimmung des eingetretenen Schadens unmöglich. Der Gerichtshof hat keine genügenden Anhaltspunkte zur Annahme, daß ein Schaden von mehr als dreißig, oder von mehr als dreihundert Franken erwachsen sei. Wie immer im Zweifelsfalle, muß auch in der vorliegenden Frage zu Gunsten des Angeschuldigten entschieden und somit angenommen werden, daß der eingetretene Schaden den Betrag von Fr. 30 nicht übersteigt. Die Rekursinstanz sieht sich nicht veranlaßt, von der durch das korrektionelle Gericht von Bern vorgenommenen Strafausmessung abzugehen; eine Gefängnisstrafe von 10 Tagen erscheint als den Verumständungen des vorliegenden Falles angemessen."

Aus der korrektionellen Praxis.

Referent: Gerichtspräsident *Fröhlich*, Bern.

Urteil des korrektionellen Gerichts des Amtsbezirks Bern vom 11. Januar 1908 in der Strafsache ca. F. Stucker und Chr. Meyer betr. Wucher.

Aus den Entscheidungsgründen:

Von Bedeutung für die vorliegende Strafsache ist dann die Strafbestimmung des § 33 lemma 1 des genannten Gesetzes (Gesetz betr. den Gewerbetrieb der Gelddarleiher, Darlehensvermittler, Pfandleiher und Trödler, sowie betr. den Wucher vom 26. Hornung 1888), wonach diejenigen, die sich höhere Zinse und Provisionen ausbedingen und annehmen, als nach den im Geschäftslokal angeschlagenen Bedingungen, ohne daß eine Abweichung durch die besondern Umstände des einzelnen Falles gerechtfertigt erscheint und wenn nicht der Tatbestand eines schwereren Vergehens vorliegt, in eine Buße von Fr. 50 bis Fr. 1000 verfallen.

Digitized by Google

St. hat nun nachgewiesenermaßen gar keine Anschläge in seinem Geschäftslokale gemacht und könnte es sich somit fragen, ob die obgenannten Strafbestimmungen überhaupt auf ihn Anwendung finden können. *Es fehlt eben dieser Bestimmung eine Strafandrohung für diejenigen, die zu hohe Zinsen und Provisionen fordern,* ohne daß es die besondern Umstände des Falles rechtfertigen, **die gar keine** *Anschläge anbringen über die Zinsbedingungen.* Nach dem Grundsatze nulla poena sine lege dürfte somit Stucker gar nicht nach dieser Bestimmung bestraft werden, eine Argumentation, die allerdings wider alle Vernunft wäre, indem dann derjenige, der Anschläge über Zinsbedingungen anbringt, also die Formvorschriften des Wuchergesetzes ausführt, schlechter dastehen würde, als derjenige, der gar keine Anschläge anbringt.

Den Intentionen des Gesetzgebers kommt man am besten auf die Spur und wird man am ehesten von der wirklichen Bedeutung des § 33 lemma 1 des Wuchergesetzes richtig orientiert, wenn man den Verhandlungen des Großen Rates anläßlich der Beratung des mehrgenannten Gesetzes vom Jahre 1887 folgt.

Eine Minderheit der Kommission (Berichterstatter Moschard) wollte damals die Einführung des Zinstaxensystems, wonach der Regierungsrat jeweilen auf dem Wege der Verordnung den Landeszinsfuß feststellen und alsdann dessen Ueberschreitung den Tatbestand des Wuchers bilden sollte, ganz abgesehen von den Besonderheiten des einzelnen Falles. Diesem Antrag gegenüber stund derjenige des Berichterstatters des Regierungsrates, Egli, der wollte, daß der Tatbestand des Wuchers so festgestellt werde, daß Rücksicht auf den einzelnen Fall genommen wird, wobei Momente, welche den Wuchertatbestand ausmachen, teils im Gesetze bestimmt, teils dem Ermessen des Richters überlassen bleiben sollen. (Tagblatt des Großen Rates von 1887, pag. 107.)

Bei Durchgehen der Strafbestimmungen hat dann Regierungsrat Egli weiter ausgeführt (pag. 106): Erlaubt sich der Gelddarleiher, die öffentlich angeschlagenen Prozentsätze zu überschreiten, *so ist dies schon Wucher oder nähert sich wenigstens demselben.* Ist es Wucher, so bleiben in diesem Falle selbstverständlich die schärfern Bestimmungen des Wuchers in § 34 verbehalten, was ausgedrückt ist mit den Worten: „wenn nicht der Tatbestand eines schwereren Vergehens vorliegt.“ *Ist es aber noch nicht Wucher, so*

Digitized by Google

soll den Betreffenden, der sich solche nicht gerechtfertigte Abweichungen erlaubte, immerhin eine Polizeistrafe treffen. Dieser letztere Gedanke hat dann in § 33 al. 1 des Gesetzes vom 26. Februar 1888 seine Verwirklichung gefunden, wonach auch diejenigen eine Strafe erleiden sollen, die den ortsüblichen Zinsfuß überschreiten, womit jedenfalls der damaligen Kommissionsminderheit, die für Einführung des Zinstaxensystems war, eine gewisse Konzession gemacht wurde. Unter diese Bestimmung fallen zweifellos solche Gelddarleiher, die sich Prozente ausbedingen, die eben nach den besondern Verumständungen des Falles nicht gerechtfertigt scheinen und da ist es nun jedenfalls gleichgültig, ob diese ihre Zinsbedingungen im Geschäftslokal angeschlagen haben oder nicht. Die Entstehungsgeschichte des § 33 [1] bietet gar keine Anhaltspunkte dafür, daß der bernische Gesetzgeber nur denjenigen unter Strafe stellen wollte, der höhere Prozente als im öffentlichen Anschlag angegeben, fordert, sondern das Hauptgewicht dieser Bestimmung wurde, wie die darin enthaltene Konzession an das Zinstaxensystem erklärlich erscheinen läßt, darauf gelegt, daß kein exorbitanter, den Umständen des einzelnen Falles nicht entsprechender Diskontosatz gefordert werde. Dies trifft nun für beide Gelddarleiher, denjenigen, welcher seine Bedingungen anschlägt und denjenigen, der das nicht tut, zu, denn der erstere kann vernünftigerweise seine Bedingungen an Zins und Provision nicht beliebig hoch stellen, sondern er ist auch auf das landesübliche Maß, die Umstände des einzelnen Falles beschränkt.

Anlehnend an die Ausführungen des Berichterstatters Egli (pag. 106 des Tagbl. des Großen Rates, 1887) und namentlich auch gestützt auf die Abhandlung Prof. Meyers in seinem Handbuche für deutsches Strafrecht, pag. 745, können solche Vorgehen als *einfacher Wucher* bezeichnet werden, obschon diese Bezeichnung im Gesetze nicht Aufnahme gefunden hat. Diesem Begriffe gegenüber steht dann derjenige des qualifizierten Wuchers, der verschiedene Tatbestandsmerkmale in sich schließt, von denen später gesprochen werden soll.

Das Vorhandensein des einen Delikts muß natürlicherweise das andere ausschließen und muß nun auch geprüft werden, ob in den hier bekannten Fällen für die Angeschuldigten Stucker und Meyer nur Al. 1 des § 33 des Wuchergesetzes oder die Art. 236 *a* und ff. des St. G. B. zur Anwendung kommen.

Digitized by Google

Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts, Band II, pag. 1798, führt unter dem Tatbestand des Wuchers aus: *Trägt* die Ueberschreitung des Zinsfußes *zugleich die Merkmale einer strafbaren wucherischen Handlungsweise an sich*, so sind die Bestimmungen gegen den Wucher als die schwereren zur Anwendung zu bringen.

Die meisten neuern Gesetzgebungen tragen nun so ziemlich die gleichen Merkmale bezüglich der wucherischen Handlungsweise in sich, und namentlich auch das zürcherische Strafrecht verlangt die Momente, Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns, der Verstandesschwäche oder der Unerfahrenheit eines andern, zur Verschaffung wucherischer Vermögensvorteile. *Benz*, Kommentar z. Str. G. B. für den Kanton Zürich, nennt auf pag. 174 als wesentliche Begriffe des Wuchers: Notlage des Benachteiligten, daß er aus Leichtsinn oder Unkenntnis gehandelt habe, dann weiter Ausbeutung des Benachteiligten und die Zuwendung unverhältnismäßiger Vermögensvorteile an den Wucherer (pag. 175).

Auch *Nahrath*, Ueber Kreditwucher, Inaugural-Dissertation, kommt bezüglich der Tatbestandsmerkmale des Wuchers auf pag. 116 u. ff. zu ähnlichen Ausführungen. Nach den kantonalen Gesetzen sind folgende Momente notwendig: *Die Notlage*, diese müsse eine ernste sein und die wirtschaftliche Existenz bedrohen, sie müsse auch vor allem dem Mitkontrahenten bekannt sein. Der *Leichtsinn*, die *Unerfahrenheit*, die *Verstandesschwäche*, die *Gemütsaufregung* und *Unwissenheit*, dies alles Begleitmomente der Ausbeutung und als Hauptmoment nennt er: Der *übermäßige Vermögensvorteil*, die *Unverhältnismäßigkeit der in Frage kommenden Leistung* und *Gegenleistung*. Als selbstverständliches Requisit des Tatbestandes setzt er voraus, daß die mißliche Lage, die unökonomischen Eigenschaften des Schuldners dem Wucherer bekannt sein müssen, auch bringe die Terminologie es mit sich, daß auch das Requisit der gewinnsüchtigen Absicht vorhanden sein müsse.

Das bernische Str. G. B. zählt in Art. 236 *a* folgende Tatbestandsmerkmale zum Wucher auf, einmal *Ausbeutung* der *Notlage*, der *Gemütsaufregung*, des *Leichtsinns*, der *Verstandesschwäche* oder die *Unerfahrenheit* eines andern, dann ist notwendig, daß die *Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung stehen* und als selbstverständliches Tatbestandsmerkmal wird auch hier die *Kenntnis der Notlage* genannt sein müssen.

Digitized by Google

Diese verschiedenen Momente müssen nun ohne Zweifel, damit der Tatbestand des Wuchers erfüllt sei, *kumulativ vorhanden sein* und muß daher bei jedem einzelnen Falle, wo der Gelddarleiher Geld an einen Schuldner leiht und dabei den üblichen Zinsfuß, die zulässige Vermittlungsprovision überschreitet, genau untersucht werden, ob diese Voraussetzungen tatsächlich zutreffen.

Der bereits zitierte Artikel 236 *a* des bernischen Str. G. B. nennt als Erschwerungsgrund, daß dieser gelte, sobald der Schuldige sich oder einem Dritten die wucherlichen Vorteile verschleiert oder wechselmäßig versprechen läßt. Die gleichen Strafen wie den Wucherer treffen auch denjenigen, der die wucherlichen Geschäfte vermittelt. Diese letztere Bestimmung wird für den Angeschuldigten Meyer in Betracht fallen etc. etc. (Schluß folgt.)

Betreibungs- und Konkursrecht.

Entscheidungen des bern. Appellations- und Kassationshofes aus dem Jahre 1907.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*.

---

1. Verweigerung der Rechtsöffnung für eine Gemeindesteuerforderung, die sich nicht auf das Staatssteuerregister gründet (§§ 4 al. 2, 9, 13 des Gemeindesteuergesetzes vom 2. Sept. 1867). Anwendbarkeit des Gesetzes über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 20. März 1854.

Appellations- und Kassationshof, 2. Abteilung, 31. Jan. 1907, Rechtsöffnungsstreit zwischen der Schweizer. Mobiliar-Versicherungsgesellschaft in Bern und der Einwohnergemeinde der Stadt Bern.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Nach dem Gesagten hat sich die Impetratin vor Einleitung des vorliegenden Rechtsöffnungsstreites als auch im Verlaufe desselben unter Berufung auf § 9 des Gesetzes über das Steuerwesen in den Gemeinden vom 2. Sept. 1867 auf den Standpunkt gestellt, sie sei grundsätzlich nicht gemeindesteuerpflichtig.

Gegenüber diesem Einwande beruft sich die Impetrantin zur Begründung ihres Rechtsöffnungsbegehrens ein-

Digitized by Google

fach auf das Steuerregister, den Bezugsrodel und das Ausstandsverzeichnis pro 1904.

Es fragt sich daher, ob diese Urkunden die Erteilung der Rechtsöffnung rechtfertigen.

Dies ist unter Hinweis auf den Entscheid des Regierungsrates in Sachen Stettler und Konsorten gegen die Einwohnergemeinde Bern vom 17. August 1904 (Monatsschrift für bern. Verwaltungsrecht und Notariatswesen Bd. II, S. 447) zu verneinen.

Wie in diesem Entscheide festgestellt wird, und wie sich übrigens aus § 4 Al. 2 des zit. Gemeindesteuergesetzes mit Deutlichkeit ergibt, hat man zwischen zwei Arten von Gemeindesteueransprüchen zu unterscheiden, nämlich solchen, welche sich auf das Staatssteuerregister gründen, und solchen, die von den Staatssteueransprüchen verschieden sind. In Bezug auf die letzteren, — und um solche handelt es sich vorliegend, da sich die Impetratin, wie bereits ausgeführt worden ist, auf den in § 4 Al. 2 des Gemeindesteuergesetzes vorbehaltenen § 9 berufen hat — wird im Gemeindesteuergesetze überhaupt kein Einspracheverfahren vorgesehen und es kann daher fraglich erscheinen, wie in einem diesbezüglichen Streitfalle vorzugehen sei. In dieser Beziehung ist nun aber mit dem angeführten Entscheide des Regierungsrates davon auszugehen, daß es unzulässig wäre, einfach das für die Staatssteuer vorgesehene Einspracheverfahren herüberzunehmen, sondern daß es vielmehr der Absicht des Gesetzgebers entspricht, wenn angenommen wird, es habe das Gemeindesteuergesetz mit seiner Bestimmung in § 13, daß die Gemeindesteuern bei Streitigkeiten als öffentliche Leistungen zu behandeln seien, an Stelle eines eigenen Einspracheverfahrens das Gesetz über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen zur Anwendung bringen wollen.

Geht man hievon aus, so ist klar, daß wenn, wie hier, die Pflicht zur Entrichtung von Gemeindesteuern unter Berufung auf einen Ausnahmefall des § 4 Al. 2 des Gemeindesteuergesetzes bestritten worden ist, die Gemeinde die Rechtsöffnung mit Erfolg erst dann verlangen kann, nachdem sie im Administrativverfahren ein obsiegliches Urteil erhalten hat; es kann sich m. a. W. die Gemeinde in einem solchen Falle nicht einfach auf die Staatssteuerregister berufen, auch wenn diese, wie in casu, in Rechtskraft erwachsen sind."

Digitized by Google

2. Feststellung der Fälligeit eines Nachsichtwechsels im Rechtsöffnungsverfahren.

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 2. März 1907, Rechtsöffnungsstreit zwischen E. Baur und Jäger & Cie.

Entscheidungsgründe:

„1. Die Firma Jäger & Cie. in Singapore verlangt gegenüber Emil Baur provisorische Rechtsöffnung gestützt auf eine in Singapore ausgestellte, von Baur acceptierte Tratte, lautend auf die Summe von Fr. 150,000, zahlbar 30 Tage nach Sicht.

2. Der Schuldner Emil Baur bestreitet gegenüber diesem Rechtsöffnungsbegehren der Firma Jäger & Cie. in Singapore die wechselrechtliche Haftung, indem er geltend macht, es fehle ein rechtzeitiger Protest mangels Zahlung. Seinen Standpunkt begründet er wie folgt: Der Wechsel weise die Erklärung des Acceptanten auf: „Accepté, Emil Baur. Zahlbar Kantonalbank Bern. 20. September 1906." Es handle sich also um einen domizilierten Wechsel. Das vom Acceptanten seinem Accept beigefügte Datum sei das Datum des Verfalls des Wechsels. Danach hätte der Wechsel spätestens am 22. September 1906 protestiert werden sollen. Da der Protest aber erst am 22. Oktober 1906, also nicht rechtzeitig aufgenommen worden sei, so sei der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten gemäß Art. 764 O. R. erloschen, das Rechtsöffnungsbegehren danach unbegründet.

Demgegenüber behauptet die Impetrantin Jäger & Cie., das Datum unter dem Accept bedeute nichts anderes als die Feststellung der Sichtnahme, d. h. es beginne vom 20. September weg die 30tägige Frist zu laufen, auf deren Ende der Wechsel fällig werde. Der Protest sei somit am 22. Oktoker 1906 rechtzeitig erfolgt.

3. Die Frage, ob der Wechsel mangels rechtzeitiger Protesterhebung präjudiziert sei, entscheidet sich so oder anders je nach der Beurteilung der andern Frage, wann der in Rede stehende Wechsel fällig gewesen sei. Wie der erstinstanzliche Richter in seinem Entscheide vom 2. Februar 1907 zutreffend festgestellt hat, ist der Lösung dieser Fragen Schweizer-Recht zu Grunde zu legen, schon weil keine der Parteien sich auf ausländisches Recht berufen hat. Beizupflichten ist dem erstinstanzlichen Richter auch in der Auffassung, es sei der Umstand, daß der Impetrant erst replikando behauptet hat, das dem Accept beigefügte Datum bedeute das Datum der Sichtnahme, durchaus unerheblich,

Digitized by Google

indem es sich hierbei um eine vom Richter vorzunehmende rechtliche Würdigung von Tatsachen handelt.

Die Frage nach dem Moment der Fälligkeit des vorliegenden Wechsels ist zu lösen einzig auf Grund der aus dem Kontext der Wechselurkunde sich ergebenden Willenserklärungen. Nun erweist sich der Wechsel nach seinem Eingang deutlich als ein Nachsichtwechsel. Der Schuldner erklärt, 30 Tage nachdem ihm der Wechsel zur Sichtnahme präsentiert worden ist, zu zahlen. Diese Formulierung des Wechselvertrages macht es der Natur der Sache nach notwendig, daß der Moment der Sichtnahme entweder durch Datierung des Acceptes, oder beim Mangel einer solchen Datierung durch einen Protest (Art. 738, 737 O. R.) festgestellt werde, damit der Verfalltag entweder aus der Wechselurkunde selber oder aus der Protesturkunde ersehen werden kann. Einen derartigen Wechsel hat der Impetrat acceptiert und seinem Accept nach Angabe eines Domiziliaten ein Datum beigefügt. Eine vernünftige Interpretation seiner bezüglichen Erklärung kann nun zu keinem andern Resultate führen, als daß angenommen werden muß, das beigesetzte Datum stelle nach dem Willen des Erklärenden den Moment der Sichtnahme fest (vgl. Hafner, Art. 739 Nr. 9, Wächter, Wechselrecht p. 886 ff., Bernstein, deutsche und österr. Wechselordnung p. 121, 122, Thöl, Handelsrecht Bd. II p. 176 ff.). *Ob die Sichtnahme wirklich an dem angegebenen Tage, dem 20. September 1906, stattgefunden habe oder nicht, ist irrelevant und nicht zu untersuchen, da die bezügliche Datierung nicht die Verurkundung einer Tatsache, sondern eine Willenserklärung des Acceptanten bedeutet* (vgl. Thöl, Handelsrecht p. 153). Die Deutung, welche der Impetrat dem fraglichen Datum geben will, nämlich es bedeute die Datierung die Feststellung des Verfalltages, ergäbe, daß der Acceptant etwas erklärt hat, was er dem Wechselinhalte nach gar nicht zu erklären hatte, indem der Verfalltag sich nach der Sichtnahme von selbst ergibt, während er die Erklärung, die natürlicherweise von ihm abzugeben war und die im Gesetze vorgesehen ist, die Erklärung über die Sichtnahme, unterlassen hätte. Diese Interpretation der fraglichen Erklärung ist abzulehnen.

Ist nach dem Gesagten durch das dem Accept beigefügte Datum festgestellt worden, daß die 30tägige Frist bis zum Verfall des Wechsels am 20. September 1906 zu laufen beginnen solle, so ist der am 22. Oktober 1906 aufgenom-

Digitized by Google

mene Protest mangels Zahlung rechtzeitig erfolgt, und es haftet danach der Acceptant und heutige Impetrat wechselmäßig."

8. Une promesse de paiement renfermée dans un contrat bilatéral équivaut-elle à une reconnaissance de dette (Art. 82 L. P.)?

Cour d'Appel et de Cassation, 1re Chambre, 1er mai 1907, procédure en main-levée d'opposition liée entre Krentel & Cie et Charles Tonetti.

Extrait des considérants:

„Une première question à examiner, en droit, est celle de savoir si la main-levée demandée peut se fonder sur la vente en question. Ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont été d'accord sur ce point. Ainsi Brüstlein et Rambert sont d'avis qu'une promesse de paiement renfermée dans un contrat bilatéral et donné en échange d'une prestation quelconque n'équivaut pas à une reconnaissance de dette, alors même que la prestation aurait été effectuée. L'ancienne jurisprudence de la Cour de céans répondait aussi négativement à cette question en disant que la promesse de payer figurant dans un contrat de vente n'était donnée qu'en échange d'une contre-prestation dont l'exécution pouvait prêter à des doutes et ne ressortait pas du contrat lui-même (Zeitschrift des bern. Juristenvereins, vol. 28 p. 440 et 444). Cette jurisprudence a changé; on a admis que, lorsque dans un contrat bilatéral, la prétention en vertu de laquelle la main-levée provisoire est requise apparaît comme liquide, il n'existe aucun motif pour refuser la main-levée. Il faut examiner les circonstances de chaque cas particulier et rechercher si les deux parties ont exécuté les obligations qui leur incombaient d'après le contrat (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, vol, 26, Ire partie, p. 5 cons. 3). En d'autres termes, le créancier poursuivant le prix de vente et demandant la main-levée doit avoir exécuté ou du moins offert d'exécuter les obligations qui lui incombaient (Voir Jäger Kommentar, note 4 ad. art. 82 L. P.). La Cour de céans, revenant sur sa jurisprudence antérieure, a consacré cette dernière opinion dans plusieurs arrêts déjà (Zeitschrift des bern. Juristenvereins vol. 36 p. 480)."

Digitized by Google

4. Le for d'appel est clos d'office dans une procédure d'exécution si le dossier ne contient pas le certificat du paiement des droits d'appel (art. 39 al. 8 de la loi introductive de la L. P.).

Cour d'appel et de Cassation, 2me Chambre, 10 Mai 1907, procédure en main-levée d'opposition liée entre les époux Laville et G. Daucourt.

Considérants:

„Le procès-verbal de l'audience tenue par le président du tribunal de Porrentruy, le 30 avril 1907, constate que les défendeurs ont interjeté appel du jugement en question et que les parties ont déposé leurs dossiers. Par contre, il ne constate pas que les droits d'appel ont été payés et il n'est versé aux pièces aucun certificat constatant ce fait. Aux termes de l'art. 39 de la loi introductive de la L. P., les art. 335 à 341 c. p. c., sont applicables aux contestations susceptibles d'appel relatives à la procédure d'exécution. Or, à teneur de l'art. 341 c. p. c., la cause ne devient pendante en appel que par la remise des pièces au président du tribunal et l'acquittement des droits d'appel. Cette dernière formalité n'ayant pas été remplie, le for de la Cour des céans doit être clos aux appelants, sans même qu'il soit besoin d'examiner si l'on doit admettre que les appelants ont omis de joindre à leurs pièces une expédition du procès-verbal de l'audience du 30 avril, ce qui, en cas d'affirmation, constituerait également un motif de forclusion (arr. du 1er mai 1901 en la cause A. Roth c. Ritter).“

5. Die auf eine Sicherheitsleistung gerichtete Zwangsvollstreckung kann nur dann auf dem Wege der Schuldbetreibung durchgeführt werden, wenn die Sicherheitsleistung, alternativ wenigstens, auf eine Geldhinterlage geht. (Art. 38 B. u. K.).

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 28. Mai 1907, Rechtsöffnungsstreit zwischen F. Münger und F. Beiner.

Entscheidungsgründe:

„Auf dem Wege der Schuldbetreibung können nur solche Zwangsvollstreckungen durchgeführt werden, welche entweder auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind (Art. 38 B. u. K.). Und zwar ist, was die Sicherheitsleistung betrifft, die Vorschrift des Art. 38 B. u. K. dahin zu interpretieren, daß durch Betreibung nur eine

Digitized by Google

solche Sicherheitsleistung realisirt werden kann, welche, alternativ wenigstens, auf eine Geldhinterlage geht (vgl. Monatsblatt für bern. Rechtspr. Bd. 13 S. 411). Geht daher der gläuberische Anspruch allgemein auf Sicherheitsleistung so kann allerdings der Gläubiger Betreibung anheben und durchführen, denn der Schuldner ist, wenigstens alternativ, zu einer Geldhinterlage verpflichtet. Handelt es sich aber, wie hier, um eine Verpflichtung zur Stellung von Bürgen, welche Verpflichtung zwar auch eine Sicherstellung bezweckt, so kann dieselbe, weil nicht in den Rahmen des B. u. K. passend, nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes zur Zwangsvollstreckung gebracht werden (vgl. den Entscheid des Appellations- und Kassationshofes, II. Abteilung d. d. 26. April 1906 i. S. Friedrich Münger ca. Emil Mühlethaler).

Ausserdem ist aber auch zu beachten, dass die Verpflichtung zur Stellung von Bürgen sich als ein Versprechen der Leistung eines Dritten im Sinne des Art. 127 O. R. qualifizirt, was die Consequenz hat, daß falls die Leistung des Dritten nicht erfolgt, der Erfüllungsanspruch sich ohne weiteres zu einem Schadenersatzanspruch verwandelt. Hieraus, wie aus dem Vorstehenden, geht hervor, daß ein Anspruch, der einzig auf Sicherheitsleistung durch Bürgschaftsbestellung geht, als solcher nicht im Verfahren des B. u. K. zur Vollstreckung gebracht werden kann.

Die Rechtsöffnungsklage ist daher abzuweisen.

Da der Impetrat kein Begehren auf eine Prozessentschädigung gestellt hat, kann ihm eine solche auch nicht zugesprochen werden."

6. Zulässigkeit der Reform im Rechtsöffnungsverfahren (§ 87 Al. 2 E. G. zu B. u. K.). Regressanspruch des einlösenden Wechselindossanten gegen den Aussteller (Art. 769 O. R.).

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 3. August 1907, Rechtsöffnungsstreit zwischen G. Held und G. de Firks.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Der Impetrat begründet seinen Antrag, er habe sich auf die verbesserte Klage nicht einzulassen, damit, daß im Rechtsöffnungsverfahren eine Reform nicht zuläßig sei und daß deshalb das in casu diesem Grundsatze zuwiderlaufende Verfahren ungesetzlich sei.

Nun ist allerdings richtig, daß die Reform an sich mit dem Wesen des Rechtsöffnungsverfahrens schwer zu verein-

Digitized by Google

baren ist. Allein nichtsdestoweniger hat § 37 al. 2 E. - G. zu B. u. K. für das zu beobachtende Verfahren die allgemeinen Prozeßvorschriften als anwendbar erklärt und § 38 l. c. diesbezüglich nur insofern eine Ausnahme gemacht, als in den Fällen des § 36 Ziff. 1 bis und mit 8 keine Rechtssicherheit soll verlangt werden können. Bei dieser Sachlage ist klar, daß das Institut der Reform im Rechtsöffnungsverfahren nicht als hinfällig erklärt werden kann. Vorliegend hat sich zudem, wie der erstinstanzliche Richter mit Recht bemerkt, die Gegenpartei dadurch mit der erklärten Reform einverstanden erklärt, daß sie Reformkosten verlangt und deren Zahlung angenommen hat. Danach muß der Nichteintretensschluß des Impetraten abgewiesen werden.

2. Materiell charakterisiert sich der mit vorliegender Rechtsöffnungsklage geltend gemachte Anspruch als ein solcher nach Art. 769 O. R., somit als ein Regreßanspruch des einlösenden Indossanten gegen die früheren Indossanten oder den Aussteller.

Nach dem Vorausgeschickten ist die Begründetheit des Rechtsöffnungsbegehrens, abgesehen von der noch zu prüfenden Verjährungsfrage, lediglich davon abhängig, ob Gyr Krauer & Cie den Wechsel eingelöst haben. In dieser Beziehung fehlt es nun an der Behauptung und am Nachweise, daß Gyr Krauer & Cie den Wechsel durch Zahlung eingelöst haben. Indessen kann eine solche Behauptung und ein solcher Nachweis im Rechtsöffnungsverfahren billigerweise auch nicht verlangt werden. Daraus nämlich schon, daß der Kläger als Rechtsnachfolger der Firma Gyr Krauer & Cie sich im Besitze des Wechsels und des Protestes befindet und das Indossament an die Spar- und Leihkasse in Bern gestrichen ist, entsteht die Vermutung daß Gyr Krauer & Cie die letztere in dem Umfange befriedigt haben als sie zur Einlösung des Wechsels verbunden waren (vgl. Entsch. des R. G. Bd. XIV Nr. 105, XXIV Nr. 1, Bernstein, Allg. Wechselordnung, S. 223 unter § 2 lit b.) Die Voraussetzungen des Regresses sind somit gegeben."

7. Forumsverschluss von Amteswegen in einem Rechtsöffnungsstreit, weil die Akten nicht sofort nach der Appellationserklärung beim Richter eingereicht wurden (§ 40 Ziffer 2 E. G. zu B. u. K.).

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 3. Sept. 1907, Rechtsöffnungsstreit zwischen J. Süsstrunk und E. Stiffler.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen:

„2. Wie jedoch dem Appellationszeugnis des erstinstanzlichen Richters zu entnehmen ist, wurden die Akten von den Parteien nicht sofort nach der Appellationserklärung, sondern bloß innert der Frist von 5 Tagen beim Richter eingereicht. Damit ist der Vorschrift von § 40 Ziff. 2 des E.-G. zum B. u. K. zuwidergehandelt, eine für die Appellation in Rechtsöffnungssachen gesetzlich vorgeschriebene Form nicht erfüllt worden. Diese Formen sind zwingenden Rechts. Ihre Nichteinhaltung hat zur Folge, daß sich die Appellationsinstanz mit der Sache nicht befassen kann.

Dem appellierenden Impetraten ist danach das Forum des Appellations- und Kassationshofes von Amtes wegen zu verschliessen."

8. Geltendmachung des Schuldbefreiungsgrundes der gerichtlichen Hinterlegung im Rechtsöffnungsverfahren. (Art. 188 O. R., Art. 7 Fabrikhaftpflichtgesetz).

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 4. Sept. 1907, Rechtsöffnungsstreitigkeit zwischen der Thonwarenfabrik Laufen und J. Halbeisen.

Entscheidungsgründe:

„1. Durch Urteil vom 1. Februar 1907 verurteilte der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (2. Abteilung) die heutige Impetratin, Thonwarenfabrik Laufen, zur Bezahlung einer Unfallentschädigung von Fr. 4520 nebst Zins zu 5 % seit dem 9. Dezember 1902 an den heutigen Impetranten Halbeisen. Dieses Urteil wurde vom Bundesgericht am 3. Juli 1907 bestätigt. Halbeisen wurde von der Impetratin bis auf einen Betrag von Fr. 1500 ausbezahlt. Diese Summe zu zahlen weigerte sich die Thonwarenfabrik, weil ihr durch einen Brief des Fürsprechers X. in Y. mitgeteilt worden war, daß der Kläger Halbeisen ihm — seinem Anwalte — aus der ihm zustehenden Unfallentschädigung einen Betrag von Fr. 1500 zu Eigentum abgetreten habe. Der Impetrant betrieb daraufhin die Impetratin für den fraglichen Betrag, worauf die letztere Rechtsvorschlag erhob und die streitige Summe auf der Gerichtsschreiberei Laufen deponierte.

Dem Rechtsöffnungsbegehren des Halbeisen gegenüber machte die Thonwarenfabrik geltend, sie sei durch die gerichtliche Hinterlegung des in Betreibung gesetzten Betrages

Digitized by Google

gemäß Art. 188 O. R. von ihrer Schuldpflicht befreit, die Forderung also seit Erlaß des Urteils getilgt.

Gegen den diese Einrede verwerfenden und das Begehren um definitive Rechtsöffnung zusprechenden Entscheid des Gerichtspräsidenten von Laufen hat die Impetratin rechtzeitig und in richtiger Form die Appellation erklärt; es ist also das Urteil des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsrichters zu überprüfen.

2. Wie das Bundesgericht in seinem Entscheide i. S. Volksbank Biel c. „La Confiance" vom 20. Januar 1906 (B. G. E. Bd. XXXII[2] p. 58) festgestellt hat, ist es Sache des Schuldners, der sich auf den Befreiungsgrund der Deposition gemäß Art. 188 O. R. berufen will, nachzuweisen, nicht nur daß die Deposition stattgefunden habe, sondern auch, daß die gesetzliche Voraussetzung derselben vorhanden war, d. h. daß die Frage, wem die Forderung zustehe, im Zeitpunkt der Deposition wirklich streitig war, bezw. daß für ihn ein ernsthafter Grund zur Befürchtung vorlag, zweimal zahlen zu müssen.

In casu nun hat die Impetratin ja wohl beweisen können, daß ein — wenn auch vorläufig nicht gerichtlicher — Streit darüber, wem die Forderung zustehe, bestanden hat, indem sich aus den produzierten Urkunden ergibt, daß neben dem Impetranten auch dessen früherer Anwalt Rechte auf die fragliche, von der Impetratin noch geschuldete Summe geltend macht. Dagegen kann von einem Nachweis dafür, daß für die Impetratin ein ernsthafter Grund zur Befürchtung, zweimal zahlen zu müssen, vorlag, angesichts der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 7 des Fabrikhaftpflichtgesetzes nicht die Rede sein. Vielmehr ist dem Ansprecher durch Berufung auf die zitierte Gesetzesbestimmung der Gegenbeweis dahin gelungen, daß ein *ernsthafter* Streit über die Frage, wem die Forderung zustehe, nicht bestehen konnte und kann, und daß die Schuldnerin dies wissen mußte (vgl. Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. 42 p. 272/273).

Bei dieser Sachlage konnte sich die Beklagte durch die Deposition des streitigen Betrages nicht befreien und damit ist der von ihr gegenüber dem Begehren des Rechtsöffnungsklägers erhobene Einwand der Schuldtilgung hinfällig.

Dem Impetranten ist sein Begehren also zuzusprechen".

Digitized by Google

9. Wirkung der Vorlegung eines Armutsscheines nach Art. 586 Str. V. auf die Pflicht zur Zahlung von Staatskosten in Strafsachen.

Appellations- und Kassationshof, 2. Abteilung, 14. Sept. 1907, Rechtsöffnungsstreit zwischen J. S. Leuenberger und dem Staate Bern.

Entscheidungsgründe:

„1. Durch Urteil des Assisenhofes des III. Geschwornenbezirks vom 23. April 1907 wurde der heutige Impetrat J. S. Leuenberger wegen Unterschlagung verurteilt zu einer Korrektionshausstrafe von 3 Monaten sowie zu den auf Fr. 750.65 bestimmten Kosten des Staates. Nach fruchtloser Mahnung wurde seitens des durch die Amtsschaffnerei Aarwangen vertretenen Staates Bern für diesen Kostenbetrag durch Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Aarwangen vom 8. Juni 1907 gegen Leuenberger die Betreibung eingeleitet (Betr. Nr. 544). Derselbe erhob jedoch unterm 13. Juni 1907 Rechtsvorschlag, worauf ihn der Staat Bern auf den 26. Juni 1907 vor den Gerichtspräsidenten von Aarwanden laden ließ zur Verhandlung über die *Rechtsbegehren:*

1. Es sei der Rechtsvorschlag des Johann Samuel Leuenberger gegen die vom Staate Bern als Gläubiger veranlasste Betreibung Nr. 544 d. d. 8. Juni 1907 und lautend auf einen Betrag von Fr. 750.65 durch Erteilung der Rechtsöffnung zu beseitigen.

2. Es sei der Rechtsöffnungsbeklagte gegenüber dem Staate Bern zu einer angemessenen Prozeßentschädigung zu verurteilen.

Im genannten Termine gab der Vertreter des Impetraten zu Protokoll folgende *Rechtsbegehren:*

1. Der Rechtsöffnungskläger sei mit seinen beiden Begehren abzuweisen.

2. Es sei der Rechtsöffnungskläger gegenüber Joh. Samuel Leuenberger zu einer angemessenen Prozeßentschädigung zu verurteilen.

Der Richter sprach sodann dem Impetranten sein Rechtsöffnungsbegehren zu und verurteilte den Impetraten ihm gegenüber zu einer Prozeßentschädigung von Fr. 80.—.

Gegen diesen Entscheid erklärte der Vertreter des Impetraten unter gleichzeitiger Einreichung seiner Akten sofort die Appellation.

2. Daß an sich mit Bezug auf die in Frage kommende

Digitized by Google

Kostenforderung des Impetranten die Voraussetzungen zur Erteilung der Rechtsöffnung im Sinne von Art. 80 B. u. K. gegeben wären, steht ausser Zweifel, dagegen beruft sich der Impetrat darauf, daß er infolge Einlage eines Armutsscheines bei der Amtsschaffnerei gemäß Art. 536 Str. V. der Verpflichtung zur Bezahlung der Kosten entheben sei.

Vor allem aus ist klar, daß die bezügliche Bestimmung des Art. 536 Str. V. in keiner Weise mit dem B. u. K. im Widerspruch steht, denn es wird dort nicht etwa die Art und Weise der Zwangsvollstreckung für die Kostenforderung gegenüber Personen, deren Armut amtlich nachgewiesen ist, in hesonderer Weise geregelt, sondern es werden diese Forderungen gegenüber solchen Verurteilten, welche einen förmlichen Armutschein vorlegen, als *getilgt* erklärt, bezw. es soll der Staat dieselben nicht mehr geltend machen dürfen, es sei denn, daß der Schuldner später zu Vermögen gelangt. Man hat es mit andern Worten mit dem Falle zu tun, wo der Betriebene durch eine Urkunde — den Armutsschein — sich über die *Tilgung* bezw. *Stundung* der Schuld auszuweisen vermag und sein Rechtsvorschlag infolgedessen geschützt werden muss. (Art. 81 Al. 1 i. f. B. u. K.)

Unhaltbar ist auch die Behauptung des Impetranten, daß Art. 536 Str. V. ihm nur das *Recht* einräume, wegen Armut des Schuldners auf seine Forderung zu verzichten, daß aber eine bezügliche *Pflicht* für ihn nicht bestehe, indem nach dem klaren Wortlaut der in Rede stehenden Bestimmung an die Einlage eines förmlichen Armutsscheines seitens des Verurteilten ohne weiteres die Rechtswirkung sich knüpft, daß die Kosten als getilgt zu betrachten sind und mithin nicht mehr bezw. bis auf weiteres nicht mehr eingefordert werden können.

Ebensowenig kann zugegeben werden, daß Art. 536 Str. V. lediglich den Sinn und die Tragweite haben sollte, daß der Armutsschein zur Entlastung des mit dem Inkasso der Kosten beauftragten Beamten gegenüber seinen Vorgesetzten dienen sollte, in der Weise, daß er dadurch seiner Verpflichtung, den Kostenbetrag zu verrechnen und abzuliefern, enthoben würde.

Der Impetrant beruft sich diesbezüglich darauf, daß Art. 177 des französischen Kostentarifs in Strafsachen, der folgendermassen lautet; „L'administration de l'enregistrement „rendra compte des recouvrements effectués, de la même „manière que de ses autres recettes. En cas d'insolvabilité

Digitized by Google

„des parties contre lesquelles seront décernées les exécutoires, „les receveurs seront déchargés des recouvrements qui con- „cerneront ces parties, en justifiant de leurs diligences, et „en rapportant des certificats d'indigence légalement déli- „vrés, sans préjudice toutefois des poursuites qui pourront „être exercées dans le cas où les dites parties deviendraient „solvables," — dem Art. 536 Str. V. zum Vorbilde gedient habe.

Es fehlt jedoch an jedem Anhaltspunkte für die Annahme, daß die jetzige Fassung des Art. 536 Str. V. vom bernischen Gesetzgeber in Anlehnung an den Art. 177 des französischen Kostentarifs in Strafsachen gewählt worden sei, vielmehr erhellt aus einer Vergleichung der Bestimmungen betr. die Vollziehung des Kostenpunktes der Strafurteile im frühern Gesetzbuch über das Strafverfahren vom 2. März 1850 mit denjenigen im jetzigen, seit 1. August 1854 in Kraft bestehenden Gesetzbuche zur Evidenz, daß es sich in Art. 536 Str. V. um eine Modifikation des Grundsatzes handelte, wonach nicht erhältliche Kosten in gleicher Weise wie nicht erhältliche Bussen in Gefängnis oder öffentliche Arbeiten umgewandelt werden sollten.

Während nämlich Art. 522 des jetzigen Str. V. dem Art. 523 des frühern und Art. 523 des jetzigen dem Art. 524 des frühern Strafverfahrens wörtlich entspricht, fiel in Art. 536 des jetzigen Str. V. im Gegensatz zu Art. 537 des frühern Str. V. die Verweisung auf Art. 523 (Art. 524) das. weg und es wurde statt dessen der Passus eingefügt: „Bei Personen, deren Armuth" u. s. w. Man wollte also zu Gunsten der vermögenslosen Verurteilten den Kostenanspruch des Staates durch Einlage eines Armutsscheines *getilgt* bezw. *gestundet* wissen und hatte man dabei keineswegs die Absicht, lediglich den mit dem Inkasso betrauten Beamten seiner Verantwortlichkeit für den Eingang des betreffenden Betrages zu entheben.

Endlich bestreitet der Impetrant, daß durch den Armutsschein vom 11. Juni 1907 die Armut des Impetraten in hinlänglicher Weise nachgewiesen sei; allein dem gegenüber ist zu betonen, daß dieser Armutsschein von der kompetenten Behörde, dem Gemeinderat von Langenthal, ausgestellt worden ist und daß darin bezeugt wird, es sei der Impetrat dermalen gänzlich ausser Stande, den Betrag von Fr. 750.65 weder ganz noch zum Teil aus seinem Vermögen oder aus seinem Verdienst zu bezahlen. Damit ist die

Digitized by Google

Armut des Impetraten in der vom Gesetz geforderten Weise dargetan und es kann der Impetrant mit der Bemängelung des daherigen Nachweises nicht gehört werden. Seine Berufung darauf, daß der Impetrat auch Anwartschaften auf das mütterliche Vermögen besitze, ist zudem nicht schlüssig, da es darauf ankommt, ob der Impetrat *zur Zeit* die zur Deckung der fraglichen Kostenforderung notwendigen finanziellen Mittel besitze, was eben nicht der Fall ist."

10. Die Appellationsinstanz über Konkurserkenntnisse kann nova nicht berücksichtigen.

Appellations- und Kassationshof, 1. Abteilung, 15. Okt. 1907, Rekurssache des J. Amstutz gegen ein Konkurserkenntnis.

Entscheidungsgründe:

„1. Wie der Appellations- und Kassationshof in konstanter Praxis erkennt hat (vgl. u. a. Zeitschrift des bern. Juristenver., Bd. XXVIII, S. 426 ff. und S. 429, Bd. XXIX, S. 392 und eine Reihe neuerer, nicht publizierter Entscheide), kann derselbe als Appellationsinstanz über Konkurserkenntnisse neue Tatsachen, d. h. solche, welche der Kognition des erstinstanzlichen Richters nicht unterstellt wurden, bezw. erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils eingetreten sind, nicht in Berücksichtigung ziehen. Er muß sich vielmehr darauf beschränken, zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erkennung des Konkurses im Momente der Erkennung desselben gegeben waren oder nicht.

Im vorliegenden Falle nun war dies, wie aus dem Verhandlungsprotokoll vom 30. September 1907 hervorgeht und der Rekurrent übrigens in seiner Rekursschrift selbst zugibt, unzweifelhaft der Fall. Der Gerichtspräsident von Konolfingen war deshalb auch verpflichtet die Konkurseröffnung in Gemäßheit des Art. 171 B. u. K. auszusprechen. Der Rekurrent stützt sich demgegenüber einzig darauf, daß wenn — ohne den Fehler des Telegraphenbureau Bern — seine Sendung von Fr. 110 seinen Gläubigern Kiener und Hager rechtzeitig übergeben worden wäre, diese ihr Konkursbegehren zurückgezogen hätten, was sie in ihrem Briefe vom 2. Oktober 1907 denn auch bestätigen. Es muß aber nichts destoweniger daran festgehalten werden, daß mangels eines Rückzuges des Konkursbegehrens, der Konkurs ausgesprochen werden mußte. Der Umstand, daß das bezügl. Begehren nach geleisteter Zahlung — unterm 2. Oktober

Digitized by Google

1907 — zurückgezogen worden ist, vermag hieran selbstverständlich nichts zu ändern, sondern stellt sich — wie gesagt — als völlig irrelevant dar (vgl. Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, S. 84, Urteil des zürcher. Kassationsgerichts vom 8. Februar 1893 i. S. Frick-Vogel). Der hierseitige Gerichtshof ist nicht befugt, aus Zweckmäßigkeitsgründen ein Urteil abzuändern, das in Gemäßheit der gesetzlichen Bestimmungen erlassen wurde, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen, das ihm eine solche Befugnis nicht einräumt, sondern nur gestattet, das erstinstanzliche Erkenntnis auf Grund desjenigen Prozeßmaterials zu überprüfen, das dem erstinstanzlichen Richter vorlag.

2. Wie unerquicklich und bedauerlich die Lage des Rekurrenten auch sein mag, so ist dieselbe doch lediglich auf seine eigene Sorglosigkeit zurückzuführen. Wiewohl auf den 30. September 1907, morgens 9 Uhr, in die Audienz des Gerichtspräsidenten von Konolfingen geladen, um über ein gegen ihn gestelltes Konkursbegehren zu verhandeln, hat er erst im letzten Augenblick, d. h. 55 Minuten vor dem zur Erscheinung festgesetzten Zeitpunkt, ein telegraphisches Mandat über den größten Teil, aber keineswegs den ganzen Schuldbetrag, an seine Gläubiger aufgegeben. Er hat sich aber nicht einmal die Mühe genommen, der Vorladung Folge zu geben und dem Richter die Postquittung über die Geldsendung vorzulegen, geschweige denn sich über den Rückzug des Konkursbegehrens zu vergewissern. Diese Gleichgültigkeit der Schuldner gegenüber einem Konkursbegehren, welches sie schließlich als eine nicht der Beachtung würdige Angelegenheit betrachten, rührt nicht zum mindesten auch von den Zugeständnissen her, welche ihnen vielfach seitens erstinst. Richter, entgegen dem Gesetze, gemacht werden, so daß einzelne der Betreibung auf Konkurs unterliegende Schuldner sich der Strenge dieser Betreibungsart gar nicht mehr bewußt sind und auf die Langmut der Richter vertrauend, sich um die rechtzeitige Reglierung der Betreibung gar nicht weiter bekümmern, sondern es — wie im vorliegenden Falle — dem Richter überlassen, sich beim Gläubiger über den Rückzug des Betreibungsbegehrens zu erkundigen und die Sache ins Reine zu bringen."

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

Prozessualische Handlungsfähigkeit juristischer Personen.

Nach in einem obergerichtlichen Urteil vom 9. Februar 1906 (Max. V, N° 428) enthaltenen Ausführungen könnte man annehmen, das luz. Obergericht wolle die von der neuern juristischen Doktrin anerkannte Rechtsfähigkeit der juristischen Persönlichkeit nicht nur im Sinn der *„Geschäftsfähigkeit"* im Allgemeinen, sondern sogar im Sinn der strafrechtlichen *„Deliktsfähigkeit"* aufgefaßt wissen. Es wurde dieser Entscheid vom 9. Februar 1906 unter Hinweis auf das bekannte bundesgerichtliche Urteil *i. S. Lendi* ca *Börlin* (Bd. XXXI, 2. Tl., N° 37) erlassen.

Die *prozessuale Handlungsfähigkeit,* d. h. die Fähigkeit, in dem zum Zweck der Privatrechtsbewährung eingerichteten Verfahren selbsthandelnd aufzutreten, ist unzweifelhaft nur eine spezielle Seite der *allgemeinen Handlungsfähigkeit.* Hauptsächlich in Folge der eindringenden Publikationen von *Gierke* ist in der zivilistischen Literatur die Auffassung zur Geltung gelangt, nach welcher mit der allgemeinen Handlungsfähigkeit der Verbandsperson zugleich auch ihre *Prozeßfähigkeit* gegeben sei.

Nach heutigem deutschem Recht sind daher die juristischen Personen des Privatrechts, insbesondere die eingetragenen Vereine, prozeßfähig.

Es dürfte nun dieser Satz auch für das *schweizerische* Recht Geltung haben, soweit sich nicht aus der maßgebenden kantonalen Prozeßordnung oder Praxis das Gegenteil ergiebt (vgl. Dr. C. P. Wiedemann, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen, Schulthess & C^ie^ 1908 in Zürcher Beiträgen zur Rechtsw. S. 616).

Obwohl nun aber, wie oben angeführt, das luz. Obergericht in dem zitierten Präjudiz (speziell Motiv 3) dahin neigt, sogar die strafrechtliche Deliktsfähigkeit der juristischen Personen anzunehmen, so hat doch unsere luzernische Praxis bis anhin die *Prozeßfähigkeit* juristischer Personen immer noch nicht anerkannt. Es ergibt sich dieses speziell aus zwei Entscheiden des Obergerichts aus jüngster Zeit.

Fürsprech *J. Beck* stellte nämlich eine Schadenersatzklage gegen den *Ortsbürgerrat von Luzern* als solchen, ohne Benennung einzelner Mitglieder und Organe. Das Ober-

Digitized by Google

gericht befreite aber den Ortsbürgerrat von der Einlassung auf diese Klage, indem eine Behörde als solche ohne Benennung einzelner Organe und Mitglieder nicht beklagt werden könne. In Sachen *Robert Vonwyl* und Mith. gegen *Niklaus Willi* im Schwarzen, Ettiswyl, wurde ferner Präjudiz N° 473, Max. I, vom 5. September 1866 neuerdings bestätigt.

Hiernach stehen nun Miterben rücksichtlich unverteilten liquiden oder illiquiden Guthabens in einer gewöhnlichen Gemeinschaft (communio incidens) und es ist wohl der Sequester einer *streitigen Erbschaft*, aber nicht einmal der *gewöhnliche Curator* einer Gemeinschaft zur Prozeßführung für dieselbe ohne Weiteres ermächtigt, noch viel weniger kommt aber dem einzelnen Teilhaber der Gemeinschaft die Befugnis zu, auf eigene Faust die Gemeinschaft in Prozessen zu vertreten. In neuerer Zeit ist namentlich von *Hölder* in Jherings Jahrbüchern, *Bd. 53, S. 100,* wieder mit Recht einerseits auf die Bedingtheit der Existenz von Gemeinleben durch die Existenz *individuellen Lebens* und anderenteils die Eingliederung jeder nicht dem individuellen Leben dienenden Gemeinschaft oder Organisation in die allgemeine Rechtsgemeinschaft oder den Staat hingewiesen worden. Die juristische Persönlichkeit ist nicht eine *fingierte,* aber sie besteht *kraft einer Fiktion.* Jede Mehrheit oder Gesamtheit ist auch eine Einheit. Daraus folgt aber nicht die Eigenschaft einer Personengesamtheit als *einer* (Gesamt) *Person.* Auch eine Sachgesamtheit ist eine Einheit, aber nicht eine *Gesamt-Sache. Die Rechtsgemeinschaft hat weder einen eigenen Leib noch eine eigene Seele.* (Hölder).

Die Praxis wird deshalb stets das reale Leben berücksichtigen und allzu doktrinelle Strömungen, auch wenn sie momentan Mode sein sollten, zu vermeiden haben.

Es ist daher eine weitere Abklärung von Präjudiz N° 428 in Maximen V, speziell bezüglich der *Prozeßfähigkeit* juristischer Personen, sehr zu wünschen:

O. G. *29. Februar 1908.* Frau *Marie Merz* geb. *Schacher* c. 1. *Friedrich Berner* und 2. *Ortsbürgerrat Luzern.*

O. G. 3. April 1908. *Robert Vonwyl,* für sich und Mith. c. *Niklaus Willi,* Schwarzen, Ettiswyl.

Schenkung unter Lebenden.

Die ***Schenkung auf den Todesfall*** ist eine Schenkung, deren Existenz vom Tod des Schenkers abhängig gemacht

Digitized by Google

wird (morte donatoris perficitur l. 32, D. h. t. 39, 6) entweder so, daß sie gar nicht zu Stande kömmt (Suspensivbedingung), oder wieder aufgelöst wird (Resolutivbedingung), wenn der Schenker den Beschenkten überlebt. Jede andere Schenkung ist eine Schenkung unter Lebenden, L. 1 pr. D. de donat (39,5) — donatio sub conditione — donatio, quae sub conditione solvatur qualis est mortis causa donatio, l. 27, l. 35 § 2 D. de m. c. don. (39,6). Wenn daher § 570 des luz. C. G. B. in seinem letzten Absatz bestimmt: Wird die Schenkung erst *nach dem Tode des Schenkers fällig*, so muß die Urkunde, durch welche sie zu beweisen ist, mit den gleichen Förmlichkeiten versehen sein, wie eine letzte Willensverordnung; wobei jedoch die Schenkungen vorbehalten sind, die in Heirats- und Eheverkommnissen gemacht werden, so handelt es sich auch hier um eine *Schenkung unter Lebenden.*

Der *Verfallstag* kann nämlich niemals die rechtliche Natur eines Geschäftes bestimmen, da er nach anerkannten Grundsätzen nicht die *Begründung*, sondern bloß die Geltendmachung und *Einklagbarkeit* des betreffenden Rechtes hinausschiebt, bei der juristischen Würdigung eines Verhältnisses aber nicht diese, sondern jene den entscheidenden Ausschlag gibt. Es ist daher, sagt *Unger*, System des österr. allg. Privatrechts, 2. Bd. S. 199, Note 41, ungenau, wenn der § 956 b. G. B. sich dahin ausdrückt, daß die „Erfüllung (der Schenkung auf den Todesfall) erst nach dem Tode des Schenkenden stattfinden soll", denn die mortis causa donatio ist nicht eine betagte, sondern eine *bedingte* Schenkung, auch kann in vielen Fällen der m. c. donatio von einer Erfüllung der Schenkung (d. h. des Schenkungsversprechens) gar nicht die Rede sein, da der Beschenkte häufig die auf den Todesfall geschenkte Sache sofort und unmittelbar erhält (l. 38 D. h. t. 39,6 Nam mortis causa donatur, quo presens presenti dat — l. 35 § 1 eod vgl. Savigny S. 243).

Wenn das Gesetz von einem *Fälligwerden erst nach dem Tode des Schenkers* spricht, so hat es offenbar bloß den Gegensatz zu einem *bestimmten, willkürlich gewählten*, und vom Tode des Schenkers *unabhängigen* Verfallstage im Auge, abgesehen davon, ob dieser dann *vor* oder *nach* dem Tode eintrete. In diese Kategorie fallen daher nicht diejenigen Schenkungen, die nicht allsogleich vollzogen werden (Schenkungen von *Hand zu Hand*), sondern auf einen bestimmten Termin, *der aber nicht der Todestag*

Digitized by Google

des Schenkers ist, fällig gestellt sind, wenn auch der Schenker vor dem Eintritt dieses Termins abstirbt.

Diese letztern Schenkungen bilden vielmehr mit denjenigen Schenkungen, die entweder *ohne alle* nähere Verfallszeit gemacht werden oder bei denen ein bestimmter Verfallstag festgesetzt wird, ein Verfallstag, der aber von der Todeszeit des Schenkers unabhängig ist, ein Mittelglied zwischen den Schenkungen von Hand zu Hand und denjenigen unter Lebenden, die erst mit dem Todestage des Schenkers fällig werden, indem sie auf der einen Seite, namentlich was die Form und teilweise auch die Wirkungen anbetrifft, nicht der *Begünstigungen* jener erstern Art teilhaftig, auf der andern Seite aber auch nicht der Formerschwerungen der letztern Art unterworfen sind. Bei den Schenkungen unter Lebenden, die erst mit dem Todestage des Schenkers fällig werden, ist aber im Gesetze die Legatsform in der Weise vorgeschrieben, daß neben dieser Legatsform auch die Vertragsform, also namentlich die *Acceptatation* des Schenkungsversprechens von Seite des Beschenkten notwendig ist. Dem Schenker kann aber, ungeachtet der Verfall auf den Todestag hinausgestellt ist, dennoch unter Umständen daran gelegen sein, daß dem Bedachten das Geschenk *unwiderruflich gesichert bleibe.* Diesen Zweck erreicht aber die *blosse* Testamentsform nicht, sondern es muß nunmehr noch die *Acceptationserklärung* von Seite des Beschenkten *hinzutreten.* Auf diese Weise ergibt sich ein in die Form der letzten Willensordnung eingekleideter Vertrag, ein zweiseitiges, unwiderrufliches Schenkungsgeschäft, das wir, eben *dieser Unwiderruflichkeit willen* und ungeachtet seiner Vertagung auf den Todesfall und der dabei zu beobachtenden Testamentsformen, dennoch entschieden als Schenkung unter Lebenden anerkennen müssen. (Vgl. Leuenberger, Vorlesungen über das bernische Privatrecht, 2. Bd., S. 650 u. folg. u. obergerichtl. Max. IV Nr. 184.)

Obergericht, 20. März 1908, Erbsmasse des Ant. Spengler sel. ca. Jul. Spengler und Witwe Spengler geb. Sigenthaler.

Aus der Rechtsprechung des soloth. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

10. Die Eheleute N. stellten an die Ordre des A. Girard einen Eigenwechsel mit Verfalltag vom 22. Mai 1906

Digitized by Google

aus. Auf dem Wechsel verpflichteten sich M. Sch. und L. St. solidarisch als Bürgen. Am 3. Juli 1906 belangte Girard den erstgenannten Bürgen. Dieser erhob Rechtsvorschlag, worauf Girard Rechtsöffnung verlangte. Sein Begehren wurde vom Rechtsöffnungsrichter abgewiesen. Aus den Motiven geht hervor, daß der Wechselgläubiger den Ausstellern einen Zahlungsaufschub von einem Monat bewilligt hatte, ohne davon den Bürgen Mitteilung zu machen. In der Stundung erblickte der Unterrichter eine Prolongation, welche nach Art. 761 alle Wechselverpflichteten, die zu derselben nicht einwilligten, von ihrer Verbindlichkeit befreie.

Mit Unrecht hat der Rechtsöffnungsrichter Prolongation angenommen. Dieselbe läge nur vor, wenn die **Verfallzeit** des Wechsels hinausgeschoben worden wäre, nicht aber kann sie schon angenommen werden, wenn dem Zusteller zugesichert wird, mit der Eintreibung der Wechselschuld zuzuwarten (vgl. Reuward Meyer in seinen Erläuterungen zur Wechselordnung des O. R., 3. Aufl. § 179 und insbesonders Speiser, Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. IV, S. 12 ff.). Uebrigens handelt Art. 761 nur vom Verhältnis des Wechselinhabers zu seinen Vormännern, nicht von demjenigen des Wechselgläubigers zum Bürgen. Nach Art. 809 sind die Regressansprüche gegen den Bürgen nach den Bestimmungen über die Bürgschaft zu beurteilen, Der Aussteller eines Eigenwechsels haftet nach Art. 829 wechselmäßig 3 Jahre lang vom Verfalltag des Wechsels an gerechnet. Diese Zeitdauer gilt auch für den Bürgen (vgl. Schneider & Fick, Note 5 zu Art. 829). Die Nichtigkeitsbeschwerde (Bezeichnung der soloth. C. P. O. für das Rechtsmittel in Rechtsöffnungssachen) wurde aus diesen Gründen gutgeheißen.

8. Mai 1907.

11. Der Stationsvorstand X. brachte am 4. August 1906 den schweizerischen Bundesbahnen schriftlich zur Kenntnis, daß er sich am 13. Juli 1906 anläßlich der Bedienung des Zentralapparates (Weichenstellvorrichtung) einen Leistenbruch zugezogen habe. Er legte seinem Briefe ein Arztzeugnis bei, das eine totale Dienstuntauglichkeit von 6—8 Wochen annahm und den Schluß zuließ, daß es sich um einen Unfall handeln könnte. Am 7. September 1906 erstatteten die Bundesbahnen der kompetenten Lokalbehörde eine Unfalls-

Digitized by Google

anzeige. Sie wurde vom Regierungsrate als verspätet angesehen und es erfolgte deshalb gegen die Bundesbahnen am 6. Februar 1907 eine Strafklage.

Es frägt sich, ob im vorliegenden Falle die Bundesbahnen *überhaupt* zur Anzeige verpflichtet waren. Die Anzeigepflicht wird in Artikel 4 des B. G. betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 für den Fabrikbesitzer statuiert. Dieser Bestimmung unterstehen sowohl der Inhaber eines industriellen Etablissements nach dem B. G. betreffend die Haftpflicht vom 25. Juni 1881, wie auch der Inhaber eines Gewerbes nach der Novelle vom 26. April 1887. (Art. 5 B. G. betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht.) Soweit Unfälle in Fabriken der Bundesbahnen (Konstruktionswerkstätten) oder bei Unternehmungen im Sinne der Novelle (Tunnel- oder Brückenbau) in Frage stehen, muß die Anzeigepflicht zweifellos angenommen werden. Anders beim reinen Bahnbetrieb, wie er hier vorliegt. Die Arbeit, welche den Unfall hervorrief, war einzig und allein mit dem rein technischen Betrieb der Bahn verbunden. (Vgl. Erismann, das schweizerische Eisenbahnhaftpflichtgesetz, S. 13 ff.) Sie bestand in der Bedienung der Zentralanlage und hatte den Zweck, einen vorbeifahrenden Zug auf das richtige Geleise zu bringen. Der Unfall steht demnach unter den Bestimmungen des B. G. betreffend die Haftpflicht der Transportanstalten vom 28. März 1905; darin fehlt die Vorschrift des Art. 4 des Fabrikgesetzes. Die Anzeigepflicht könnte auch nicht aus dem Kreisschreiben des Bundesrates vom 3. Nov. 1886 (Bundesblatt 1886 Bd. III, S. 581 und 583) gefolgert werden. Dieses Kreisschreiben enthält weder eine Strafandrohung im Falle der Unterlassung einer Unfallanzeige, noch hat es den Charakter eines Strafgesetzes. Die Anzeigepflicht für Unfälle im **Bahnbetrieb** besteht mangels einer gesetzlichen Bestimmung nicht.

(25. Mai 1907.)

Druckfehlerverbesserung. Auf Seite 334, Zeile 8 v. u., Seite 339, Zeile 11 v. o., Seite 339, Zeile 15 v. u. soll es nicht lit. c., sondern *l. c.* heißen.

Auf Seite 344, Zeile 1 v. u. ist statt § 3, *§ 2* zu lesen.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **8. Heft** **August 1908**

Die juristische Natur des Postanweisungsgeschäftes nach schweizerischem Recht.

Von Dr. jur. *Winmer*, Oberpostsekretär, Bern.

(Schluß.)

3. Art. 128 O. R. sieht zwei verschiedene Arten von Verträgen zu gunsten Dritter vor, nämlich den Vertrag zu gunsten eines Dritten, wobei dem Dritten kein selbständiges Recht aus dem Vertrage erwächst und den sogenannten ächten Vertrag zu gunsten Dritter, wobei der Dritte selbständig die Erfüllung des Vertrages fordern kann. In diesem letzteren Falle, heisst es im genannten Artikel, kann der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem Schuldner erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Obgleich es im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, ergibt es sich als selbstverständlich, dass der Dritte, dem das Recht zusteht, die Erfüllung des Vertrages selbständig zu fordern, im Falle der Nichterfüllung desselben gegen den Schuldner auch selbständig die Kontraktsklage anstellen kann.

Digitized by Google

Für die Postanweisung bestimmt Art. 14 des Postregalgesetzes, dass der Absender das Recht hat, die Anweisung zurückzuziehen oder in Bezug auf dieselbe andere Verfügungen zu treffen. Ist jedoch *nach Ankunft der Sendung am Bestimmungsort* (als Sendung ist hier wohl der Postanweisungskarton zu verstehen) der Adressat davon benachrichtigt worden oder hat er (nach Ankunft der Sendung) die Auslieferung derselben verlangt, so darf die Post einer anderweitigen Verfügung nur mit Zustimmung des Adressaten entsprechen. Daraus ergibt sich, dass auch beim Postanweisungsgeschäft dem Dritten, d. h. dem Adressaten, unter gewissen Voraussetzungen ein Verfügungsrecht über die Sendung eingeräumt wird. Dieses Verfügungsrecht ist jedoch nicht gleichbedeutend mit dem in Art. 128 O. R. genannten Recht, selbständig die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, da Art. 34 des Postregalgesetzes bestimmt, dass im Falle des Verlustes von Postanweisungsbeträgen der Adressat zur Anstellung der Forderungsklage nur insofern berechtigt ist, als er sich hierzu als Vertreter des Absenders legitimiert. Der Adressat einer Postanweisung kann daher unter gewissen Voraussetzungen die Leistung selbständig fordern, nicht aber aus eigenem Rechte auf Erfüllung des Vertrages klagen.

4. Ganz abgesehen von den bereits erwähnten Unterschieden ist darauf hinzuweisen, dass, während bei den Verträgen zu gunsten Dritter neben den beiden Kontrahenten immer ein Dritter vorhanden sein muss, zu dessen gunsten der Vertrag geschlossen wird, dies bei der Postanweisung nicht unbedingt der Fall zu sein braucht. So kann es vorkommen, dass jemand, welcher eine Reise unternimmt, um nicht den Gefahren ausgesetzt zu sein, die das Mitführen einer grossen Summe Geld mit sich bringen kann, letztere an sich selbst mittelst Postanweisung an den am Ziele seiner Reise gelegenen Ort

Digitized by Google

adressiert. Absender und Adressat können also bei der Postanweisung identisch sein.

Es wurde auch die Ansicht geltend gemacht, dass das Postanweisungsgeschäft als eine *locatio conductio operis* aufzufassen sei. Nach der Definition, welche der Werkvertrag in Art. 350 O. R. gefunden hat, ist es jedoch ohne weiteres als ausgeschlossen zu betrachten, dass das genannte Geschäft unter diese Vertragskategorie falle. Denn als „Werk" im Sinne des vorerwähnten Artikels ist nur eine „*materielle Produktion* zu verstehen, nicht irgend ein anderes Ergebnis, das als Produkt von Arbeit erscheint." [1]) Die Tätigkeit, welche die Post beim Postanweisungsgeschäft entfaltet, hat die Erreichung eines ideellen Erfolges zum Ziele, nicht die Herstellung oder die Umänderung einer „Sache".

Auch kann beim Postanweisungsgeschäft nicht gut von einem *depositum irregulare* im Sinne von Art. 484 O. R. die Rede sein, weil das Geld vom Absender der Post nicht zum Zwecke der Aufbewahrung übergeben wird, sondern damit dasselbe so schnell als möglich dem Adressaten übermittelt werde.

Gegen die Annahme, dass es sich bei der Postanweisung *allein* um einen *Fracht- bezw. Transportvertrag* handle, spricht schon der Umstand, dass, abgesehen von ganz vereinzelten Ausnahmefällen, ein Transport des Geldes gar nicht stattfindet. In der Regel wird nur der vom Absender ausgefüllte Postanweisungskarton von der Aufgabepoststelle an die Bestimmungspoststelle gesandt. Diese letztere Stelle nimmt die Zahlung auf Grund der Angaben des Postanweisungskartons aus ihrer eigenen Kasse vor und verrechnet den Betrag zu ihren gunsten. Aber auch da, wo der vom Absender einbezahlte Betrag ausnahmsweise von der Aufgabepoststelle bis zur Bestimmungspoststelle wirklich transportiert wird

[1]) *Hafner*, Das schweizerische Obligationenrecht, Anmerkung 3 zu Art. 350.

Digitized by Google

(dieser Fall kann vorkommen, wenn jemand in einer Ortschaft, wo sich eine nicht rechnungspflichtige Poststelle befindet, eine Postanweisung nach dem mit einer rechnungspflichtigen Ablage versehenen Orte aufgibt, welch' letzterer die Ablage des Aufgabeortes postalisch zugeteilt ist), kann von einem Transportvertrag nicht gut die Rede sein, da die Postverwaltung nicht die Verpflichtung übernimmt, die Postanweisungsbeträge in gleichen Münzsorten auszubezahlen, in welchen die Einzahlung erfolgt ist (Art. 60 der Transportordnung für die schweizerischen Posten). Immerhin muss zugegeben werden, dass das Postanweisungsgeschäft regelmässig einen Transportvertrag in sich schliesst, da die Post, ausgenommen bei telegraphischen Anweisungen, dem Absender gestattet, auf der Rückseite des Postanweisungscoupons schriftliche Mitteilungen zu Handen des Adressaten anzubringen und sich verpflichtet, den Coupon dem Adressaten auszuliefern (Art. 57 und 61 der vorgenannten Transportordnung). Der Hauptinhalt der Obligation bildet jedoch die Vermittlung der Zahlung, welche, wie gesagt, nicht als Transportvertrag aufzufassen ist.

Aus Vorstehendem ergibt sich, dass das Postanweisungsgeschäft regelmässig zwei Geschäfte in sich schliesst, nämlich ein Transportgeschäft und ein Zahlungsvermittlungsgeschäft. Das Transportgeschäft charakterisiert sich unzweifelhaft als *postalisches Frachtgeschäft* im Sinne des Art. 466 O. R. Die Post als „Frachtführerin" übernimmt gegen eine Vergütung den Transport und die Bestellung des Postanweisungscoupons. Die Vergütung wird zwar für das im Postanweisungsgeschäft enthaltene Frachtgeschäft nicht besonders bestimmt (Art. 23 des Bundesgesetzes betreffend die Posttaxen), sie muss aber in der für das ganze Geschäft zu bezahlenden Taxe als inbegriffen betrachtet werden. Was das Zahlungsvermittlungsgeschäft betrifft, so kann nach schweizerischem O. R. für dasselbe — nachdem die anderen

Digitized by Google

besprochenen Vertragsfiguren sich nicht als zutreffend erwiesen haben — nur noch das *Mandat* in Betracht kommen. Nach der Definition, welche uns Art. 392 O. R. vom Mandat giebt, verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrages, das ihm übertragene Geschäft nach dem Willen des Auftraggebers zu besorgen. Dabei ist eine Vergütung nur dann zu leisten, wenn eine solche verabredet oder üblich ist. Auf den ersten Blick würde es scheinen, dass diese Definition des Mandates ohne weiteres auf das Geldgeschäft bei der Postanweisung passen sollte, da sich die Postverwaltung auch bei der Postanweisung unzweifelhaft verpflichtet, ein ihr vom Absender übertragenes Geschäft gegen eine Vergütung zu besorgen. Dieser Auffassung, welche unter den Juristen auch ihre Vertreter gefunden hat, wird entgegengehalten, dass das Mandat ein Consensualkontrakt ist, während das Postanweisungsgeschäft als *Realvertrag* aufzufassen sei. Das Zustandekommen dieses Geschäftes sei durch die Einzahlung des Geldes an die Post bedingt; wollte man bei der Postanweisung die Regeln des Mandates zur Anwendung bringen, so würde unter Umständen die Post verpflichtet sein, das Geld dem Adressaten auszubezahlen, auch wenn dasselbe vom Absender nicht einbezahlt worden ist. Mit andern Worten, für das Zustandekommen des Vertrages würde die Einzahlung des Geldes nicht notwendig sein; der blosse Consens der Parteien würde genügen. Diesen Einwendungen gegenüber möchte ich folgendes bemerken: Es ist heutzutage bestritten, ob zwischen Consensual- und Realverträgen überhaupt noch ein Unterschied zu machen sei, indem bedeutende Juristen [1]) behaupten, dass die Realverträge des römischen Rechtes in der grossen Gruppe der Consensualkontrakte aufgegangen seien. Das schweizerische O. R. speziell macht theoretisch

[1]) Siehe insbesondere *F. Reinhold*, Die Natur der sogenannten Realkontrakte, Wien 1888.

Digitized by Google

keinen Unterschied zwischen diesen beiden Vertragskategorien und stellt beispielsweise das Darlehen und die Gebrauchsleihe als Consensualkontrakte dar. Ich glaube desshalb, dass von diesem Gesichtspunkte der Anwendung der Regeln des Mandates auf das Postanweisungsgeschäft nach schweizerischem O. R. nichts im Wege stehen kann. Der Wille der Postverwaltung in Bezug auf den Inhalt des auszuführenden Auftrages geht in unzweideutiger Weise aus den Bestimmungen des Postregalgesetzes und der Transportordnung hervor. Nach diesen Bestimmungen verpflichtet sich die Postverwaltung dem Absender gegenüber, eine von ihm geleistete Zahlung zu vermitteln, d. h. einen vom Absender der Post eingehändigten Geldbetrag dem Adressaten auszuzahlen. Wird eine Postanweisung angenommen, ohne dass der Betrag einbezahlt worden ist, so liegt unzweifelhaft zum mindesten ein wesentlicher Irrtum seitens der Post im Sinne von Art. 18 O. R. vor und der Vertrag ist für die Post unverbindlich, d. h. letztere ist nicht verpflichtet, die Postanweisungssumme dem Adressaten auszuzahlen. Diese Ausführungen decken sich mit denjenigen, die ich bereits bei der Untersuchung der Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen der Anweisung des O. R. auf das Postanweisungsgeschäft ausgeführt habe.

Soweit würden meines Erachtens die Bestimmungen des Mandates auf das im Postanweisungsgeschäft enthaltene Geldgeschäft passen. Bei einer etwas eingehenden Vergleichung dieser beiden Institute stossen wir jedoch dort, wo es sich um die Kündigung handelt, auf einen wesentlichen Unterschied. Ein charakteristisches Merkmal des Auftrages besteht bekanntlich darin, dass derselbe von beiden Teilen — eventuell unter Ersatzleistung — *jederzeit* gekündigt werden kann (Art. 402 O. R.). Dies ist beim Postanweisungsgeschäft nun aber nicht der Fall. Wie wir bereits in anderem Zusammenhange

Digitized by Google

gesehen haben, bestimmt das Postregalgesetz (Art. 14), dass wenn die Sendung, (bezw. der Postanweisungskarton) nach Ankunft am Bestimmungsort dem Adressaten avisiert oder von diesem die Auslieferung verlangt worden ist, eine Kündigung des Absenders der Post gegenüber nur mit Zustimmung des Adressaten möglich ist. Hinsichtlich der Kündigung des Vertrages lehnt sich daher das Postanweisungsgeschäft, in Abweichung von den Bestimmungen über den Auftrag, an das Frachtgeschäft des O. R. (Art. 453) an.

Ich gelange nun zum Schluss meiner Erörterung, welche ich folgendermassen zusammenfassen möchte. Das Postanweisungsgeschäft zerfällt in zwei verschiedene Geschäfte, nämlich in ein *Transportgeschäft* und in ein *Zahlungsvermittlungsgeschäft*. Nach schweizerischem O. R. charakterisiert sich das erstere als postalisches Frachtgeschäft im Sinne von Art. 466; das Zahlungsvermittlungsgeschäft kann zwar unter keiner der im O. R. genannten Vertragsarten vollständig untergebracht werden, bietet aber am meisten Analogie mit dem Mandat, von welchem es nur hinsichtlich der Bestimmungen über die Kündigung abweicht. Will man aber mit Rücksicht auf das ganze System des O. R. geltend machen, dass der Frachtvertrag nach diesem Gesetze nur als eine besondere Art des Auftrages zu betrachten ist (vergl. Art. 450 O. R.), so wird in einem weiteren Sinne auch gesagt werden können, dass das Postanweisungsgeschäft nach schweizerischem Recht als ein *Mandat* aufzufassen ist.

Sprechsaal

Unterm 1. Juni 1908 hat die Justizdirektion des Kantons Bern entschieden, daß **eine Aktiengesellschaft auch zu Stande kommen könne, wenn mehr als drei Viertel des Aktienkapitals von sogen. Apportanten gezeichnet ist.**

Digitized by Google

Dem Entscheid liegt folgender Tatbestand zu grunde:

Die Herren R. v. W., G. G., K. B. & J. K. waren Eigentümer des Theaterinventars der nunmehrigen Aktiengesellschaft „Intimes Theater (Apollo-Theater)“ in Bern, welche am 6. April 1908 gegründet wurde. Das Aktienkapital derselben beträgt Fr. 26,500.—, eingeteilt in 265 Inhaberaktien à Fr. 100.—. Als Apport brachten die genannten 4 Herren das erwähnte Theaterinventar ein, dem sie einen Wert von Fr. 25,000,— beimaßen. Für diese Fr. 25,000.— erhielten sie zusammen 250 voll liberirte Aktien.

Der Handelsregisterführer von Bern war nun der Ansicht, es könne diese Aktiengesellschaft gar nicht zu Stande kommen, weil mehr als $^3/_4$ des Aktienkapitals durch sogen. Apportanten gezeichnet sei. In Art. 619 Abs. 4 O. R. heißt es nämlich, „*der* Aktionär, welcher die betr. Einlage macht, oder sich besondere Vorteile ausbedingt, hat bei der Beschlussfassung kein Stimmrecht.“ Wenn nun mehrere die Einlage machen, wie es vorliegend der Fall sei, so hätten diese *mehreren* kein Stimmrecht (s. Schneider & Fick, Anm. 1 u. 5 zu Art. 619 O. R. u. Sigmund, Handbuch f. d. Schweiz. Handelsreg.-Führer pag. 285).

Die kant. Justizdirektion war anderer Meinung. Sie sagt in ihren Motiven:

„Die von Sigmund im Handbuch für die Handelsregisterführer vertretene Ansicht (pag. 285), daß eine Aktiengesellschaft überhaupt nicht zu Stande kommen könne, bei der mehr als drei Viertel des Aktienkapitals von sogenannten Apportanten gezeichnet ist, ist vom eidgenössischen Handelsregisterbüreau längst aufgegeben worden.

Der Vorsteher des Leztern weist mit Recht darauf hin, daß Art. 619 O. R. — wie namentlich aus dem Wortlaut des französischen und italienischen Textes erhelle — nur verhindern wolle, daß bei Einlagen, die auf das Grundkapital anzurechnen sind, der Aktionär, welcher die betreffende Einlage macht, über die ihm dadurch eingeräumten Vorteile, selber abstimmen könne. Dagegen läßt weder der Wortlaut noch der Sinn und Geist des Art. 619 O. R. den Schluss zu, daß ein Apportant auch dann vom Stimmrecht ausgeschlossen sei, wenn es sich um Genehmigung von Apports handelt, die nicht von ihm selbst gemacht sind.

Wenn also über die verschiedenen Apports, wie in casu, gesondert abgestimmt wird, ist es möglich eine Aktien-

Digitized by Google

gesellschaft zu gründen bei der sämtliche Einlagen auf das Grundkapital durch Apports geleistet werden."

Wir können uns mit diesem Entscheide nicht befreunden. Es handelt sich hier gar nicht um die Frage, ob ein Apportant auch dann vom Stimmrecht ausgeschlossen sei wenn es sich um Genehmigung von Apports handelt, die nicht von ihm selbst gemacht sind, sondern sämtliche Apportanten machen hier *ein und dieselbe Einlage*, nämlich, sie bringen als *Miteigentümer* das Theaterinventar ein und da sind sie gewiß an der Einlage beteiligt. U. E. mußten sich also bei der Abstimmung über den Apport — die Motive der Justizdirektion sprechen irrtümlicherweise von verschiedenen Apports — die vier eingangs genannten Personen, die Apportanten, der Stimme enthalten. Die übrigen Aktionäre bildeten weder in bezug auf Zahl noch bezüglich des Grundkapitals den nötigen $^1/_4$, es konnte also die Aktiengesellschaft gar nicht zu Stande kommen.

Man behauptet, besonders zu sog. Familiengründungen der Auslegung von Art. 619 O. R., wie im Entscheide ausgeführt, zu bedürfen, allein was natürlich in einem Falle recht und billig sein mag, öffnet im andern allen unlautern Bestrebungen *Thür* und Thor, so daß oft die Unterscheidung, wo es sich um eine ehrliche Familiengründung und wo um unlautere Vorgänge handelt, schwer zu machen sein wird.

Schnyder, Handelsregisterführer, Bern.

Bernische Fürsprecherprüfungen.

Gestatten Sie mir zu dem Artikel „Bernische Fürsprecherprüfungen" in der letzten Nummer der Zeitschrift einige *persönliche* Bemerkungen:

Ich stelle fest, daß die Prüfungskommission für Fürsprecher — wie sie vom Obergericht gewählt worden ist — zur Zeit aus *vier* Professoren der bernischen juristischen Fakultät und bloss drei Praktikern, worunter einem einzigen Mitgliede des Gerichtshofes und einem einzigen praktizierenden Anwalte, besteht. Das charakterisiert die ganze Sachlage. Ueber ungenügende Vertretung in der Kommission wird man sich nämlich unter diesen Umständen auf akademischer Seite nicht beklagen hönnen; und das thut man auch nicht. Was man verlangt ist das, daß dem Obergericht ein Teil seiner bisherigen Kompetenz zur Bestellung der Kommission *entzogen* und an die juristische Fakultät übertragen werde; auf gewisser Seite würde man es sogar begrüßen, wenn das

Digitized by Google

Obergericht gänzlich ausgeschaltet würde. Damit ist, wie ich glaube, gesagt, dass der im Berichte des Obergerichts gebrauchte Ausdruck das Kind beim rechten Namen nennt. Daß er rein sachlich gemeint war und keine tendenziöse Spitze enthielt, ergibt sich m. E. aus dem ganzen Passus ohne Weiteres. —

Aus was für Gründen eine Aenderung des bisherigen Zustandes im angedeuteten Sinne zu rechtfertigen wäre, ist mir nicht recht ersichtlich. Die von dem verehrten Herrn Redaktor angeführten würden die bernische Juristenfakultät ebensogut, wie in Bern, auch in den Nachbarkantonen Luzern, Aargau, Solothurn u. s. w. zur offiziellen Beteiligung an den Advokatenprüfungen berechtigen; denn ihr liegt die Ausbildung einer großen Zahl von Juristen auch aus *diesen* Kantonen ob. Anderseits verdanken eine ganze Reihe bernischer Studenten ihre Einführung in die Gebiete des Rechts — speziell in den theoretischen Fächern — nicht der Berner Juristenfakultät, sondern ausländischen Hochschulen. — Aus der „Stellung und Aufgabe der juristischen Fakultät im Staatsorganismus" dürfte ein zwingender Grund für deren offizielle Beteiligung an den Fürsprecherprüfungen auch kaum herzuleiten sein; denn die Aufgabe der Fakultät besteht m. E. einfach darin, dass sie die Wissenschaft lehre und den Studenten, sei er Berner oder Ausländer, einführe in die Disciplinen des Rechts. Aufgabe des *Obergerichts* dagegen ist es, darüber zu wachen, dass die Quasi-Beamtung der bernischen Advokatur nur Würdigen zugänglich sei, und demgemäß die Personen zu bestimmen, welche über die Qualifikation der Kandidaten entscheiden sollen; denn das Obergericht ist das natürliche und gesetzliche Aufsichtsorgan und der leitende Faktor für das Rechtsleben im Kanton, soweit wenigstens die streitige Gerichtsbarkeit, d. h. das Hauptbetätigungsgebiet der Anwälte, in Frage kommt.

Eine Aenderung des bisherigen Zustandes erscheint auch nicht etwa deshalb notwendig oder wünschenswert, weil sich unter dem jetzigen System Mängel gezeigt hätten. Ist doch der bernische Anwaltsstand mit Recht stolz darauf, dass infolge der hohen Anforderungen, die bei den Prüfungen gestellt werden, minderwertige Elemente ferngehalten werden, ein Resultat, das in erster Linie der dahinzielenden Initiative des Obergerichts zuzuschreiben ist. Eine Gefahr endlich, daß bei der Zuziehung von Praktikern auch zu den theoretischen Examen die Kandidaten in die Lage kommen,

Digitized by Google

auf veraltete Doktrinen eingehen zu müssen, liegt für den, der die Verhältnisse und die in Betracht fallenden Personen kennt, nicht vor. Uebrigens wäre das Unglück nicht so groß; geht es doch mit den veralteten juristischen Doktrinen, wie mit einem alten Rock: sie kommen — manchmal ein bischen frisch aufgebügelt — von Zeit zu Zeit wieder in die Mode.

H. Mosimann.

Rechtsprechung.

Aus der Rechtsprechung des Bundesrates

(1907.)

Referent: Prof. Dr. *W. Burckhardt,* Sekretär des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern.

Handels- und Gewerbefreiheit.

1. Gemeinwerkskorporation Mettlen c. Appenzell I.-Rh, vom 2. August 1907. **Verkauf von Korporationsgut.** (B. Bl. 1907, IV, 707; 1908, I, 521).

Die Korporation Mettlen wird gemäß Art. 30 der Kantonsverfassung als öffentlichrechtliche Genossenschaft in der Verwaltung ihrer Nutzgüter durch die Standeskommission überwacht. Ob die Standeskommission die Genehmigung zur Veräußerung von Grund und Boden zu recht verweigert habe, ist der B. R. nicht kompetent zu untersuchen, da der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit die Regeln des kantonalen Rechts über die Verwaltung des Vermögens der Gemeinden und gemeindeähnlichen Korporationen nicht berührt.

2. Hofweber & Carbujo c. Bern, vom 28. Sept. 1907. **Wirtschaftspatent-Abweisung aus formellen Gründen.** (B. Bl. 1908, I, 527).

Wenn das Gesuch von der kantonalen Behörde ohne materielle Antwort geblieben ist, weil der handelnde Anwalt nicht *bevollmächtigt* sei, so kann nicht wegen Verletzung des Art. 31 B. V. rekurriert werden. Betr. *Legitimation* des Eigentümers des Wirtschaftsgebäudes zum Rekurs wie im Fall Girardet u. Sottaz s. oben S. 363, Nr. 5.

Digitized by Google

3. Barbara Aeberli c. St. Gallen, vom 13. April 1907. **Wirtschaftspatent.** (B. Bl. 1908, I, 519).

Die Praxis der St. Gallischen Behörden, Patente für Wirtschaften, die von *Ehefrauen* geführt werden, auf den Namen des Ehemannes auszustellen, ist nicht bundesrechtswidrig, da unstreitig Gründe der Zweckmäßigkeit dafür bestehen und in St. Gallen Ausnahmen gemacht werden, wo dem Manne das Patent, z. B. wegen Konkurs, nicht erteilt werden kann. (Vgl. B. Bl. 8. Juli 1887 i. S. Wwe. Forrer, *Salis* II, Nr. 962, II).

4. Camenzind c. Schwyz, vom 7. Dezember 1907. **Wirtschaft.**

Ein *Ferienheim*, in dem Kinder in Pension genommen werden und in dem keine alkoholischen Getränke abgegeben werden, ist keine Wirtschaft i. S. des Art. 31, litt. c. B. V.

5. Ganna c. Tessin, vom 22. März 1907, **Wirtschaftspatent.** (B. Bl. 1908, I, 519).

Das Patent für eine Wirtschaft mit Beherbergungsrecht hart an der schweizerisch-italienischen Grenze kann und soll verweigert werden, wenn sie den Zolldienst beeinträchtigen und den Schmuggel begünstigen würde. (Vgl. B. Bl. 1903, II, 497).

Die B. Versammlung hat diese Entscheidung am 19. Dez. 1907 bestätigt. (B. Bl. 1907, IV, 124).

6. Schweiz. Seethalbahn u. Reinach-Münster-Bahn c. Aargau, vom 9. Nov. 1906. **Wirtschaftspatent.** (B. Bl. 1907, III, 125, 127).

Durch die *Genehmigung der Pläne* für das *Stationsgebäude* Menziken, in denen eine Wirtschaft vorgesehen war, hat der B. R. dem Rek. nicht das Recht verliehen, eine Wirtschaft zu betreiben. An allen kleineren Stationen ist eine Wirtschaft kein unentbehrlicher Bestandteil des Eisenbahnbetriebes und die eidg. Aufsichtsbehörde fordert diese Einrichtung nicht. In diesem Falle, der auch hier zutrifft, hat die Genehmigung der Pläne nur die Bedeutung, daß die Wirtschaftslokale nicht mehr beanstandet werden dürfen; es bleibt aber Sache der kantonalen Behörde, nach ihrem Wirtschaftsgesetz zu entscheiden, ob sie ein Wirtschaftspatent erteilen wolle oder nicht.

Die Verneinung des Bedürfnisses durch den Regierungsrat kann bei der Unsicherheit über den Verkehr an der

Digitized by Google

neueröffneten Station nicht als offenbar unrichtig oder willkürlich bezeichnet werden.

Die B. Vers. hat diese Entscheidung am 2. Dez. 1907 bestätigt. (B. Bl. 1908, I, 518).

7. Schlalle c. St. Gallen, vom 13. Juni 1907. **Wirtschaftspolizei.** (B. Bl. 1907, IV, 398; 1908, I, 519).

Der Schießautomat, den der Regierungsrat von St. Gallen verboten hatte, gestattete mit einer beweglich angebrachten Pistole ein 10-Ct.-Stück nach einer Zielöffnung zu schießen; jeder Treffer gab Anspruch auf Getränke oder Zigarren im Werte von 20 Ct. — Es scheint mehr ein Glücks- als ein Geschicklichkeitsspiel zu sein; wenn auch der Umstand, daß nicht um Geld sondern um Genußmittel gespielt wird, dem Automaten seine Gefährlichkeit als Glücksspiel nimmt, so verleitet er um so mehr zu übermäßigem Genuß alkoholischer Getränke. Das Verbot ist eine zulässige Maßregel der Wirtschaftspolizei.

8. Beretta in Locarno c. Graubünden, vom 4. Juli 1907. **Verkauf von Spirituosen.** (B. Bl. 1907, IV, 581; 1908, I, 522).

B. in Locarno hat einem Bewohner von Samaden ohne Bewilligung gebrannte Wasser verkauft und ist deßhalb vom Kleinen Rat des Kts. Graubünden gebüßt worden.

Nach Art. 31, lit. c der B. V. sind die Kantone berechtigt, nach Art. 17 des Alkoholgesetzes vom 29. Juni 1900 sogar verpflichtet, den Kleinverkauf gebrannter Wasser zu besteuern. Dagegen würde es sowohl der Handels- und Gewerbefreiheit als der Rechtsgleichheit widersprechen, wenn zwei Kantone ein und dasselbe Verkaufsgeschäft mit der Patenttaxe belegen könnten (vgl. *Salis*, II, N° 945, insbes. O. 790). Deßhalb kann nur der Kanton, wo das Geschäft betrieben wird, bezugsberechtigt sein. (B. Bl. 1895, I, 219). Das Bußenerkenntnis ist also aufzuheben.

Die B. Vers. hat diese Entscheidung durch Beschluß vom 8. April 1908 bestätigt.

9. Dæppen u. K. ca. Waadt, vom 22. März 1907. **Verbot des Kleinverkaufs von Absinth.** (B. Bl. 1907, II, 386; 1908, I, 520.)

Die Kantone sind trotz des Alkoholmonopols kompetent geblieben, sanitarische Vorschriften über den Verkauf von Likören zu erlassen, d. h. von Getränken, die aus Sprit der Alkoholverwaltung und aus andern Substanzen fabriziert werden.

Digitized by Google

Mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit ist das Verbot vereinbar, wenn genügende sachliche Gründe der Gesundheitspolizei es rechtfertigen. Ob die Gründe genügend sind, darf die eidgenössische Rekursbehörde nicht allzuängstlich abwägen. Denn wenn den Kantonen die Sorge und die Verantwortlichkeit für die öffentliche Gesundheit obliegt, so muß ihnen auch einige Freiheit in der Wahl der Mittel gelassen werden. — Nach dem Gutachten von Sachverständigen ist das Verbot sanitätspolizeilich begründet. Die Rechtsgleichheit ist nicht verletzt, weil der Absinth besonders schädlich ist und besonders reichlich genossen wird.

10. Peter Rey u. G., Bäckermeister, c. Bern, vom 30. März 1907. **Sonntagsruhe** (B. Bl. 1907, XXIII, 935).

Das Gemeindereglement von Bern schreibt als Regel vor, daß die Verkaufsläden an den öffentlichen Ruhetagen geschlossen werden; ausnahmsweise aber können die Konditoreien den ganzen Tag und die Bäckereien vormittags bis 12 Uhr, ausgenommen während der Gottesdienststunde, und nachmittags von 6—8 Uhr offen bleiben. Die Rekurrenten halten die *Unterscheidung zwischen Bäckern und Konditoren* für willkürlich.

Es ist nicht Aufgabe des Bundesrates, zu untersuchen, ob die Regelung der Sonntagsarbeit in allen Teilen billig ist und ob die verschiedene Behandlung der Gewerbe ihrer Betriebsart genügend Rechnung trägt. Die Aufgabe der eidg. Rekursbehörde beschränkt sich darauf, zu prüfen, ob die kantonalen Bestimmungen willkürlich seien oder ob sie sich durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Die angefochtene Unterscheidung ist aber nicht willkürlich, denn der Hauptbestandteil des Bäckereigewerbes, der Brotverkauf, verteilt sich gleichmäßig auf die ganze Woche, während die Konditoren gerade am Sonntag am meisten verkaufen; dem Umstand, daß die Bäcker am Sonntag auch mehr Kleingebäck verkaufen als an andern Tagen ist durch die ihnen am Sonntag gewährten Verkaufsstunden genügend Rechnung getragen.

11. Meisser in Klosters c. Graubünden, vom 28. Juni 1907. **Holzausfuhr.** (B. Bl. 1907, IV, 574).

Die Gemeinde Klosters hat die Ausfuhr von zerkleinertem Holz verboten, um zu verhindern, daß die Gemeindebewohner das ihnen von der Korporation zu billigem Preise

Digitized by Google

abgegebene Holz verkaufen und sich anderes durch Holzfrevel verschaffen.

Wie schon mehrmals entschieden, können Gemeinden und Korporationen als Eigentümerinnen von Waldungen, denjenigen, denen sie Holz abgeben, einschränkende Bedingungen auferlegen, z. B. das Verbot der Weiterveräußerung oder der Ausfuhr. (*Salis*, II, N° 750). Gegen das Ausfuhrverbot der Gemeinde Klosters wäre daher nichts einzuwenden, wenn es von der Gemeinde als Eigentümerin von Korporationswaldungen erlassen wäre und sich nur an die Bezüger von Korporationsholz wendete. Es richtet sich aber gegen die Ausfuhr alles kleingeschnittenen Holzes irgendwelcher Herkunft durch irgend welche Personen und hat den Charakter einer allgemein verbindlichen Verordnung der Gemeinde als öffentlichrechtlicher Korporation. Es ist deßhalb mit Art. 31 B. V. nur im Einklang, wenn es sich aus forstpolizeilichen Gründen rechtfertigt. Die Kontrolle über das Fällen von Holz und den Holzfrevel ist aber in genügender Weise durch die auch im Kanton Graubünden vorgeschriebene Zeichnung des Stockes und des Stammes durch den Förster gewahrt; die nachträgliche Kontrolle bei der Ausfuhr ist überflüssig. Dagegen ist anzuerkennen, daß die Gemeinde Klosters wegen ihrer ausgedehnten Korporationswaldungen ein berechtigtes Interesse daran hat zu verhindern, daß die Bezüger von Korporationsholz nicht Mißbrauch damit treiben. Das Verbot der Ausfuhr ist deßhalb aufzuheben und die Gemeinde nur befugt zu erklären, das zur Ausfuhr bestimmte Holz vor der Zerkleinerung mit einem Stempel zu versehen und zu messen.

12. P. c. Genf, vom 25. Juni 1907. **Bewilligung zum Betrieb eines Waisenhauses.** (B. Bl. 1907, IV, 567; 1908, I, 520).

Die verantwortungsvolle Stellung des Vorstehers einer solchen Anstalt rechtfertigt es, daß von ihm eine fleckenlose Vergangenheit verlangt werde. Die Verweigerung der Bewilligung, weil P. 1892 wegen Versuchs der Brandstiftung zu 30 Monaten Gefängnis und 8 Jahren Ehrverlust verurteilt worden ist, ist zwar streng aber nicht willkürlich.

18. Association des voituriers et cochers de Genève c. Genève, vom 15. Januar 1907. **Kutschertarif.** (B. Bl. 1908, I, 521).

Die kantonalen Behörden sind befugt, für das Kutschergewerbe Maximaltarife aufzustellen (*Salis*, II, N° 881). Der

Digitized by Google

B. R. ist als Rekursbehörde nicht dazu berufen, zu entscheiden, ob die vom Reg.-Rat von Genf aufgestellte Taxordnung die zweckmäßigste ist, und ob er nicht auch die von den Rekurrenten verlangten Aenderungen hätte aufnehmen können. Er muß sich darauf beschränken zu prüfen, ob die Taxen — allgemeine und spezielle — so wie sie aufgestellt sind, sachlich begründet sind.

Konfessionelles.

14. K. c. Bern, vom 24. Mai 1907. **Schickliche Beerdigung.**

Art. 53 Abs. 2 B. V. verlangt, daß die Verstorbenen in der ordentlichen Reihenfolge der Gräber begraben werden. Im vorliegenden Fall haben es äußere Umstände unmöglich gemacht, das Grab rechtzeitig im felsigen Boden der angefangenen Reihe auszuheben; aus dem ganzen Verlauf der Bestattung ergiebt sich, daß in der Verlegung des Grabes in den alten Friedhof keine Geringschätzung des Toten lag und daß die Bevölkerung es auch nicht so auffasste. Es liegt daher kein Grund vor, die Ausnahmemaßregel der Ausgrabung anzuordnen.

15. H. u. F. Meier c. Zürich, vom 22. Febr. 1907. **Schickliche Beerdigung.** (B. Bl. 1907, I, 618.)

Da der B. R. über die Beobachtung des Art. 53 Abs. 2 von Amteswegen zu achten hat, kann bei ihm wegen Verletzung dieser Bestimmung Beschwerde geführt werden, ohne daß der kantonale *Instanzenzug* erschöpft worden wäre.

Im Allgemeinen gehört zur schicklichen Beerdigung, daß der Verstorbene in der Reihe begraben werde. Diese Regel ist hier nicht befolgt worden, weil der Totengräber die neue Reihe irrtümlicherweise von rechts statt von links begann, und, nachdem er diesen Irrtum entdeckt hatte, mit den folgenden Gräbern die Reihe von links neu begann. Das Versehen hätte vielleicht sofort wieder gut gemacht werden können; jetzt aber, nachdem beinahe 2 Monate verflossen sind, ist es nicht mehr angezeigt, die Ausgrabung anzuordnen, da die Reihe voraussichtlich vor Jahresfrist ausgefüllt sein wird und die Unregelmäßigkeit auf einem bloßen Versehen beruht.

Digitized by Google

Stimmrecht. Wahlen und Abstimmungen.

16. Bardy u. Chofflon c. Freiburg, vom 12. Febr. 1907. **Kirchenratswahl.** (B. Bl. 1908, I, 524).

Das *Beschwerderecht* kann den Rekurrenten nicht aus dem Grunde bestritten werden, weil sie die Wahl nicht vor dem Regierungsrat angefochten haben, da das Wahlbureau gerade dasjenige Resultat proklamiert hatte, das sie für richtig hielten: die Ungiltigkeit der Wahl. Können sie aber an den B. R. rekurrieren, trotzdem sie nicht in der untern Instanz Partei waren, so muß ihnen auch das Recht zuerkannt werden, *neue Tatsachen und Rechtsgründe* vorzubringen.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz.*

26. Schuldbetreibung und Konkurs: Kann der Schuldner einer gepfändeten Forderung, dem Anzeige von der Pfändung gemacht ist, in dem nachher eröffneten Konkurse seines Gläubigers der Konkursmasse die Einrede der Verrechnung entgegenhalten für Forderungen, die er nach der Pfändungsanzeige an den Gemeinschuldner erworben hat? Art. 199, 206, 213 Sch. K. G.

Die Frage wurde verneint; sie sei nicht aus Art. 213 Sch. K. G. zu lösen, sondern an Hand der Grundsätze über das Verhältnis von Pfändung und Konkurs, Art. 199 und 206 Sch. K. G. „Zufolge des durch die Pfändung begründeten Pfändungspfandrechtes an der Forderung (dem Kaufschuldversicherungsbrief) sind die Rechte des Gläubigers (W.) im Betrage der Pfändung auf die Pfändungsgläubiger übergegangen, in dem Sinne, daß der Schuldner nun nicht mehr gültig an den Erstgläubiger (W.) zahlen konnte. Die Konsequenz der Auffassung des Klägers wäre nun die, daß das Pfändungspfandrecht mit Ausbruch des Konkurses über den Gläubiger der gepfändeten Forderung (Pfändungsschuldner) in dem Sinne dahinfallen würde, daß zwischen Pfändung und Konkursausbruch erfolgte Zahlungen des Forderungsschuldners an den Gläubiger (Pfändungsschuldner) der Konkursmasse entgegengehalten werden könnten. Dieses Resultat würde an sich schon den Postulaten der Gerechtigkeit widersprechen, indem dadurch dem Schuldner der gepfändeten

Digitized by Google

Forderung durch eine ungesetzliche Handlung — Zahlung an den nicht (mehr) Berechtigten — in Verbindung mit Ausbruch des Konkurses günstiger gestellt würde, als er vorher war. Zu diesem Resultate könnte man denn auch nur dann gelangen, wenn anzunehmen wäre, — und das ist ein weiteres Argument des Klägers — mit der Konkurseröffnung fallen die schon begründeten Pfändungspfandrechte in der Weise dahin, daß sie überhaupt ex tunc aufgehoben seien und der Schuldner von diesen Beschlagsrechten frei geworden sei. Allein diese weite Bedeutung kommt dem Art. 206 Sch. K. G. nicht zu. Indem diese Bestimmung die „anhängigen Betreibungen" als durch den Konkurs aufgehoben erklärt, hat sie die Meinung, daß nicht mehr während der Generalexekution des Konkursiten auch Spezialexekutionen sollen laufen können. Daß dagegen die Pfändung nicht ex tunc dahinfällt, als ob sie überhaupt nie stattgefunden hätte, ergibt sich aus Art. 199 Sch. K. G., wonach gepfändete Vermögensstücke in die Konkursmasse fallen, sofern im Zeitpunkte der Konkurseröffnung deren Verwertung noch nicht stattgefunden hat. Das heißt nicht, daß nun das Pfändungspfandrecht ex tunc aufgehoben sei, mit befreiender Wirkung für den Schuldner und (bei Pfändung von Forderungen) den Drittschuldner, sondern es besagt nur, daß nunmehr an Stelle des Pfändungspfandrechts (der Pfändungsgläubiger) das Konkursbeschlagsrecht (der Konkursmasse) tritt; die Konkursmasse succediert in die Rechte der Pfändungsgläubiger. Ihre Lage kann daher dem Drittschuldner der gepfändeten Forderung gegenüber auch nicht schlechter sein, als es die Lage der Pfändungsgläubiger war, so speziell hinsichtlich der Verrechnung, und daraus folgt, daß Art. 213 hier keine Anwendung findet. Daß die gedachte Succession der Gesamtgläubigerschaft in die Rechte der Pfändungsgläubiger stattfindet, hat das Bundesgericht stets angenommen; vgl. A. S. 22 S. 704; 24 I. S. 399, Nr. 73 i. f.; s. auch 32 II. S. 136; vgl. ferner *Weber* und *Brüstlein* (*von Salis*), 2. Aufl., Anm. 8 zu Art. 199, S. 265 f. Damit ist aber die aufgeworfene Frage entgegen dem Kläger und im Sinne der Vorinstanz entschieden."

Urteil vom 5. Juni 1908 in Sachen Krapf c. Konkursmasse Wittmer.

27. Handelsreisender; Patenttaxengesetz Art. 2.

„Im Sommer 1907 wandte sich der Gemeinderat von Remigen schriftlich an den in Lausanne wohnenden Kassa-

Digitized by Google

tionsbeklagten, mit dem Ersuchen, eine Offerte über verschiedene Feuerlöschgerätschaften für die von der Gemeinde neu erstellte Hydrantenanlage zu machen. Da die Behörde nach Eingang der Offerte noch nähern Aufschluß wünschte, veranlaßte sie den Kassationsbeklagten, persönlich nach Remigen zu kommen (Mitte Juli). Am 26. Juli erfolgte, gestützt auf die vom Kassationsbeklagten am 15. und 22. Juli eingereichten schriftlichen Offerten und auf die in Remigen gepflogenen mündlichen Verhandlungen, die schriftliche Bestellung, und der Kassationsbeklagte lieferte dann ca. 200 m Schlauch und einen Schlauchwagen mit Zubehör. Da der Kassationsbeklagte nicht im Besitze einer Taxkarte war, erblickte die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau in seiner Handlung eine Uebertretung des Patenttaxengesetzes."

Die erste Instanz fällte ein verurteilendes, das Obergericht ein freisprechendes Urteil. Eine Kassationsbeschwerde der Bundesanwaltschaft wurde vom Bundesgericht abgewiesen:

„Der Entscheid der Kassationsbeschwerde hängt einzig davon ab, ob die eingeklagte Tätigkeit des Kassationsbeklagten als Tätigkeit eines „Handelsreisenden", als ein „bereisen" und die Aufnahme einer Bestellung durch „bereisen" angesehen werden könne. Das muß schon nach dem Wortlaute „bereisen" verneint werden etc. Das Gesetz verlangt sodann weiter ein „Aufsuchen" von Bestellungen (vgl. Art. 4), und dieses Aufsuchen hat neben dem „Aufnehmen" von Bestellungen (Art. 1, 2 und 3) insofern eine selbständige Bedeutung, als es darauf hinweist, daß die Initiative vom Handelsreisenden ausgehen muß: es muß eine Tätigkeit vorliegen, bei der der Handelsreisende von sich aus im Interesse seines Hauses den Absatz zu fördern und zu erweitern sucht, sei es durch den Versuch der Aufnahme von Bestellungen bei ältern Kunden, sei es durch Gewinnung neuer Kunden."

Urteil vom 9. Juni 1908 des Kassationshofes des Bundesgerichts in Sachen Schweiz. Bundesanwaltschaft c. Jean Gerber.

28. Kollision von Starkstromanlagen und Telegraphen- und Telephonanlagen auf Bahngebiet. — Wer hat die Kosten der Versicherungsmassnahmen zu tragen? Art. 17, Abs 4, Ziff. 1, Art. 9 und 10 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1902.

Als die Arth-Rigi-Bahn den elektrischen Betrieb einführte, entstanden Kollisionen mit den auf Bahngebiet befindlichen Telegraphen- und Telephonanlagen des Bundes.

Digitized by Google

Der Bundesrat ordnete die nötigen Sicherungsmaßnahmen an, die von der Telegraphenverwaltung ausgeführt wurden. Diese verlangte zwei Drittel der Kosten von der Arth-Rigi-Bahn zurück, gestützt auf Art. 17, Abs. 4, Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1902; die Beklagte berief sich auf wohlerworbene Rechte und auf die Art. 9 und 10 des Gesetzes. Beide Standpunkte der Beklagten wurden verworfen und die Klage geschützt. Ueber das Verhältnis von Art. 9 und 10 des Gesetzes einerseits, Art. 17, Abs. 4, Ziff. 1 anderseits sagt das Urteil: „Es ist aber weiterhin auch nicht aus Art. 10 zu folgern, daß Art. 17, Abs. 4, Ziff. 1, wenigstens da nicht zutreffen würde, wo die Schwachstromleitungen des Bundes sich gemäß Art. 9 auf Bahngebiet befinden. Wenn Art. 10 bestimmt, daß die eidgenössische Verwaltung, sobald die öffentlichen Telegraphen- oder Telephonanlagen sich der Erstellung neuer oder der Veränderung bestehender bahndienstlicher Einrichtungen hinderlich erweisen (französ. Text: „qui empêcherait d'établir ou de modifier des ouvrages quelconques d'un chemin de fer"), die nötigen Verlegungen in eigenen Kosten vorzunehmen hat, so könnte zwar nach dem bloßen Wortlaut des Gesetzes, zumal dem französischen Text, unter bahndienstlichen Einrichtungen (ouvrages quelconques d'un chemin de fer) auch eine dem Betrieb der Bahn dienende Starkstromanlage begriffen werden. Allein vorliegend handelt es sich nicht darum, daß die Schwachstromleitungen des Bundes der Erstellung oder Veränderung einer bahndienstlichen Einrichtung — der Starkstromleitung — hinderlich sind, sondern der *Betrieb* der letztern stört jenen der Anlagen des Bundes. Den Fall einer Kollision der beidseitigen Betriebe trifft aber Art. 10, wenigstens seiner Formulierung nach, nicht. Und selbst wenn man die Vorschrift in ausdehnender Interpretation generell darauf beziehen wollte, so wäre doch unter keinen Umständen anzuerkennen, daß Art. 10 sich auch auf eine Kollision zwischen den Betrieben der Schwachstromleitungen des Bundes und der Starkstromanlage der Bahn erstreckt, weil der spezielle Fall des Zusammentreffens von Schwach- und Starkstromleitungen in Art. 17 in erschöpfender Weise besonders geordnet ist, und nach feststehendem Rechtsgrundsatz die besondere, eine spezielle Beziehung regelnde Norm der allgemeinen, umfassenderen Norm vorgeht, sie einschränkt."

Urteil vom 11. Juni 1908 in Sachen Schweiz. Eidgenossenschaft c. Arth-Rigi-Bahn.

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

36. Klage aus *Firmenrecht*, event. aus concurrence déloyale. Umfang und Gegenstand des Firmenschutzes. Voraussetzungen für eine Klage des Firmeninhabers aus concurrence déloyale.

Touristen-Hotel A.-G. ca. Häcki.

2. Oktober 1907 (I. Abt.).

Entscheidungsgründe:

Die klägerische Gesellschaft stützt ihre heute zu beurteilenden Begehren in erster Linie auf Art. 50 ff. O. R., d. h. sie behauptet zunächst, der Beklagte mache sich durch Führung des in Frage stehenden Namens für sein Etablissement einer concurrence déloyale schuldig; in zweiter Linie begründet sie ihre Klagsbegehren aus Art. 868 und 876 O. R., m. a. W. sieht sie im Handeln des Beklagten eine Verletzung des Firmenrechts.

Da es aber logisch richtiger erscheint, das Verhalten des Beklagten zuerst dahin zu prüfen, ob es die Verletzung einer *speziellen* Rechtsnorm involviere und ob die Klage von daher gutzuheißen sei und erst nachher, wenn dies nicht der Fall sein sollte, zu untersuchen, ob in ihm vielleicht sonst eine Widerhandlung gegen *allgemeine Rechtsgrundsätze* liege, so sollen die Rechtsgründe der Klägerschaft hier in umgekehrter Reihenfolge gewürdigt werden.

a) Was zunächst also die behauptete *Firmenrechtsverletzung* anbetrifft, so ist festzuhalten, daß die Firma der kaufmännische Namen einer *Person*, die Bezeichnung des *Geschäftsinhabers* ist, während ein Gasthofschild nicht die Person des Inhabers, sondern die freigewählte Benennung des von ihm betriebenen *Geschäfts* enthält (vgl. B. G. B. Bd. 17, pag. 512, Bd. 20, pag. 904. Erw. 3).

Wie sich nun aus Art. 868 in Verbindung mit Art. 876 O. R. ergibt, liegt eine Verletzung dieser Vorschriften nur dann vor, wenn eine eingetragene Firma, d. h. die eingetragene Bezeichnung eines Geschäfts*inhabers* von einem an-

Digitized by Google

dern Geschäftsinhaber ebenfalls als Firma, d. h. also ebenfalls als *Personal*bezeichnung benutzt wird. Demgemäß finden, wie in dem erstgenannten Entscheide gesagt ist, die gesetzlichen Regeln über *Firmenschutz* auf *Gasthofschilder* keine Anwendung. Dagegen können allerdings derartige Geschäftsbezeichnungen als *Zusätze* im Sinne von Art. 867 Al. 2. O. R. *Bestandteile* einer Firma bilden, und unter diesem Gesichtspunkte unter Umständen auch für die Frage, ob eine Firmenrechtsverletzung vorliege oder nicht, in Betracht fallen (vgl. den Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Oktober 1902, abgedruckt in Revue, Bd. 21, Nr. 25, B. G. E. Bd. 28 II, pag. 463). Allein es kann in einem solchen Falle nicht schon dann von einer Firmenverletzung gesprochen werden, wenn sich der Zusatz in einzelnen Worten mit der Firma des angeblich Verletzten deckt, sondern nur dann, wenn die vom angeblichen Verletzer im Verkehre geführte Firma als *Ganzes* genommen, so wie sie tatsächlich geführt wird, sich von der Firma des Verletzten nicht deutlich unterscheidet (vgl. Revue Bd. 21, pag. 58, Monatsschrift für bern. Verwaltungsrecht Bd. 5, pag. 323). Denn ein selbständiger Schutz einzelner Firmenbestandteile auf Grund des speziellen Firmenrechts besteht nicht (vgl. B. G. E. 26, pag. 383, 27, pag. 522 ff., Revue 20, pag. 55).

Im vorliegenden Falle nun ist in der Klage gar nicht gesagt, welcher Firma sich der Beklagte als Geschäftsinhaber bedient. Es wird bloß in Art. 10 gesagt, er habe Schritte getan, seine Firma mit dem Zusatz „Hôtel Touriste“ im Handelsregister eintragen zu lassen. Nimmt man aber auch an, er habe sich tatsächlich schon im Verkehre dieses Zusatzes zu seiner Firma — die offenbar, nach dem Gesetz, auf „Th. Häcki“ lauten muß — bedient, so kann trotzdem hierin eine Verletzung des Firmenrechts nicht liegen. Denn dann ist klar, daß sich seine Firma „Th. Häcki, Hôtel Touriste“ von der klägerischen Firma „Touristen-Hotel (Dennler) A.-G.“ deutlich genug unterscheidet, so daß von einer Verwechslung der beiden Firmen nicht die Rede sein kann, um so weniger, als die erste sich auf den ersten Blick als eine *Personenfirma*, die zweite als eine *Sachfirma* qualifiziert (vgl. Revue Bd. 21, Nr. 25).

Von einer Firmenrechtsverletzung kann also vorliegend keine Rede sein.

b) Es ist grundsätzlich richtig, daß eingetragene Firmen nicht ausschließlich durch die Bestimmungen des Firmen-

Digitized by Google

rechts geschützt sind, daß ihre Inhaber sich vielmehr zum Schutze ihres Rechtes mit Erfolg auf die Bestimmungen der Art. 50 ff. O. R. berufen, speziell also auch wegen *concurrence déloyale* klagen können (vgl. B. G. E. Bd. 23 II, S. 1755, 26 II, S. 384, 27 II, S. 525, Revue Bd. 21, Nr. 25). So ist zweifellos der Gebrauch eines Bestandteils der Firma eines andern zwecks Aneignung eines Teils seines Kundenkreises oder zwecks Schädigung dieses Kundenkreises eine widerrechtliche Handlung nach Art. 50 O. R. Nicht aber die Individualbezeichnung als solche, sondern der durch sie verkörperte Geschäftskreis ist dabei das geschützte Rechtsgut.

Damit also eine derartige widerrechtliche Handlung vorliege, genügt es, wie das Bundesgericht in seinem Urteile i. S. Coate frères ca. Dressler vom 7. Februar 1903 ausgeführt hat, nicht, daß sich jemand, sei es auch anläßlich der Eintragung seiner Firma ins Handelsregister, irgend eine Individualbezeichnung beilegt, die er erst später, in einem von ihm beabsichtigten, aber noch nicht verwirklichten Geschäftsbetriebe zur Bezeichnung desselben zu verwenden gedenkt. Vielmehr ist notwendige Voraussetzung für den Rechtsschutz dieser individuellen Geschäftsbezeichnung vom Standpunkte der Art. 50 ff. O. R. aus, derart daß sich kein Dritter in seinen Geschäftsbeziehungen dieser Bezeichnung bedienen darf, der fernere Umstand, „daß der Benützer dieser Bezeichnung sich mittelst derselben eine gewisse Stellung im geschäftlichen Leben und Verkehr erworben hat, so daß also diese Bezeichnung die Beziehung zur Kundschaft herstellt und somit einen Vermögenswert in sich schließt“ (vgl. B. G. E. Bd. 29 II, pag. 71).

Also nicht die Aneignung einer Individualbezeichnung ist rechtlich geschützt, — diese steht vielmehr jedermann frei — sondern der *Kundenkreis*, den sich der betr. Geschäftsinhaber durch seine geschäftliche Tätigkeit verschafft hat. Bedient sich danach der Geschäftsinhaber einer bestimmten originellen Geschäftsbezeichnung, derart, daß sein vorhandener und demnach einen gewissen Vermögenswert darstellender Geschäftskreis gleichsam durch diese Bezeichnung verkörpert wird, so wird diese allerdings dadurch — aber eben erst dadurch — zum rechtlich geschützten Individualrecht. Denn in diesem Falle involviert der unberechtigte Gebrauch dieser Individualbezeichnung seitens eines Dritten notwendigerweise einen Eingriff in die *Geschäftsbeziehungen* des betreffenden Geschäftsinhabers, die einen

Digitized by Google

Vermögensbestandteil desselben bilden und rechtlichen Schutz genießen.

Im vorliegenden Falle nun ist zugestanden, daß die Klägerin in Betreff des von ihr gemäß ihren Statuten an die Hand zu nehmenden Hotelbaues und Betriebes noch *keinerlei* geschäftliche Tätigkeit entfaltet hat. Sie hat auch nicht etwa in dem Sinne gewirkt, daß sie sich durch Reklame einen *künftigen* Kundenkreis zu gewinnen gesucht hätte.

Danach kann sie dadurch, daß ein Dritter die von ihr für den eventuellen künftigen Betrieb eines Hotels in Aussicht genommene Individualbezeichnung gebraucht, in ihrem Geschäftskreise nicht gestört werden, weil sie eben keinen solchen und damit in dieser Hinsicht kein zu schützendes Recht besitzt. Es kann also diesbezüglich nicht von einer dem Beklagten zur Last fallenden Rechtsverletzung gesprochen werden.

Danach fehlt hinsichtlich der in Frage stehenden Handlungen des Beklagten das Requisit der Widerrechtlichkeit und damit eine notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung eines Anspruchs der Klägerin aus Art. 50 ff. O. R.

Uebrigens ergibt sich aus dem Umstand, daß die Klägerin weder zur Zeit ein Hotel betreibt noch in absehbarer Zeit eines betreiben wird, auch sonst, daß einem Anspruch aus *concurrence déloyale* die Begründung fehlen muß; denn Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist doch gewiß in erster Linie das Bestehen eben einer *Konkurrenz* zwischen den Parteien. Es müßten also die Parteien zwei gleichartige Geschäfte nebeneinander wirklich betreiben, was vorliegend fehlt.

87. Berechtigt beim *Lieferungskauf* die mangelhafte Qualität einzelner Lieferungen den Empfänger zum Rücktritt vom ganzen Vertrag oder nur zur Beanstandung der einzelnen Lieferungen gemäss Art. 248 ff. O. R.?
„Positive Vertragsverletzungen"; Einrede der „entgegenstehenden gewichtigen Interessen."
(Art. 122 ff., 846, 354 u. 355 O. R.)

Corrado ca. Luzerner Brauhaus.
9. Oktober (I. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beklagte behauptet ferner, die Klägerin habe ihr häufig schlechtes Bier geliefert, obschon Frau Corrado mehr-

Digitized by Google

mals bei den Vertretern der Luzerner Firma, den Herren Marti und Felber, deswegen reklamiert habe. Sie erklärt, auch aus diesem Grunde sei ihr die Auflösung des Vertrages freigestanden und beruft sich dabei auf ein in der „Frankfurter Zeitung" reproduziertes Urteil des Oberlandesgerichtes Hamm vom 14. November 1905.

Es ist demnach zu untersuchen, ob beim Lieferungskauf die mangelhafte Qualität einzelner Lieferungen den Empfänger nur zur Beanstandung derselben gemäß Art. 243 ff. O. R. berechtigt, oder ob sie ihm das Recht gibt, vom ganzen Vertrag zurückzutreten.

Gewöhnlich hat auch beim Lieferungskauf der Empfänger einer mangelhaften Sendung die in Art. 243 ff. O. R. statuierten Rechte nur in Bezug auf die einzelnen mangelhaften Lieferungen, nicht aber das Recht, vom ganzen Vertrag zurückzutreten (Art. 255 O. R.; Revue 19, Nr. 5).

Nun hat allerdings die deutsche Theorie und Praxis bei sog. „positiven Vertragsverletzungen", d. h. bei einem vertragswidrigen Verhalten der Gegenpartei, durch das die Erreichung des Vertragszwecks für den andern Kontrahenten verunmöglicht wird, nach Analogie der Art. 122 ff. O. R. oder der deutschen Unmöglichkeitstheorie einen einseitigen Rücktritt vom ganzen Vertrag für zulässig erklärt. (R. G. E. 54, Nr. 29 u. 76; Archiv f. civ. Praxis 96, S. 98; 101, S. 110 ff. u. S. 238). Dieses Prinzip wurde dann auch bei Lieferungskäufen wegen mangelhafter Lieferung einzelner Raten angewandt und demgemäß der Rücktritt vom ganzen Vertrag gestattet, wenn behauptet und bewiesen war, daß der Verkäufer überhaupt nicht imstande war oder sich definitiv weigerte, vertragsgemäß zu liefern (Arch. f. civ. Praxis 96, S. 98). Dieser Theorie hat sich auch das Bundesgericht angeschlossen, indem es Zulässigkeit des Rücktrittes annimmt, „wenn sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung ergibt, daß der Verkäufer überhaupt nicht imstande ist, vertragsgemäß zu liefern." (Revue 19, Nr. 5; B. G. E. XXVI², pag. 711). Doch handelt es sich hiebei, wie Krückmann (Arch. f. civ. Praxis 101, S. 240) bemerkt, eigentlich nicht um eine Einrede nach Art. 122 O. R., da die mangelhafte Rate schon geliefert und die nachfolgende noch nicht fällig ist, sondern um eine Einrede der „entgegenstehenden eigenen gewichtigen Interessen", eine analoge Anwendung der in Art. 346, 354 u. 355 O. R. für einzelne Vertragsarten aufgestellten Prinzipien auf die Verträge im allgemeinen.

Digitized by Google

Für den Bierlieferungsvertrag ist nun in der Tat die deutsche Praxis noch weiter gegangen, wie das von der Beklagten zitierte Urteil des Oberlandesgerichtes Hamm beweist. Sie nimmt an, die *fortgesetzte* Lieferung guten Bieres sei „stillschweigende Bedingung" für das Fortbestehen derartiger Verträge, so daß eine einzige mangelhafte Lieferung den Empfänger zum Rücktritt vom Lieferungsvertrag berechtige.

Diese Argumentation, die schon an sich etwas Kühnes und Willkürliches hat, und auch bereits von Staub widerlegt worden ist (Archiv f. civ. Praxis 101, S. 240), trifft aber jedenfalls für den vorliegenden Fall deshalb nicht zu, weil die Parteien durch Vertrag die Folgen der Lieferung schlechter Ware geregelt haben (§ 7 des Vertrages).

Es kommen somit die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Nun behauptet die Beklagte nicht einmal, daß die Klägerin nicht mehr imstande gewesen wäre, vertragsgemäß zu liefern; ebensowenig kann aus der ganz allgemein gehaltenen Behauptung, das Bier sei „häufig" schlecht gewesen, gefolgert werden, daß dies so oft vorkam, daß der Beklagten billigerweise nicht mehr zugemutet werden konnte, weitere Lieferungen von der Klägerin zu beziehen. Dies kann um so weniger angenommen werden, als Frau Corrado nicht einmal behauptet, *die Klägerin selbst* auf diesen Umstand aufmerksam gemacht und ihr nach Analogie von Art. 122, bezw. 355 O. R. die Sistierung des weitern Bierbezugs angedroht zu haben. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben war dies aber ihre Pflicht, wenn sie vom Vertrage zurücktreten wollte und sie durfte sich nicht damit begnügen, bei Marti & Felber zu reklamieren, ohne dann mindestens deren Vertretungsbefugnis zu behaupten und darzutun.

88. Geschäftsführung ohne Auftrag. Art. 472 u. 473 O. R.

Marc Livet ca. Bertha Eichenberger.

31. Oktober 1907 (II. Abt.).

Tatbestand:

Die Beklagte Bertha Eichenberger gab ihr Kind dem Kläger Livet in Pflege. In der Folge entstanden zwischen den Parteien Differenzen und die Beklagte forderte ihr Kind zurück. Der Kläger verweigerte dessen Herausgabe und klagt nun auf Bezahlung des Pflegegeldes; die Beklagte

Digitized by Google

bestreitet die Berechtigung der klägerischen Forderung von dem Momente weg, wo sie ihr Kind vergeblich zurückverlangt hat.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klägerschaft behauptet nun weiterhin, sie habe in Geschäftsführung ohne Auftrag gehandelt, als sie das Kind während der fraglichen Zeit weiter verpflegt habe; diese Geschäftsführung sei sowohl durch das Interesse der Beklagten, als durch dasjenige ihres Kindes geboten gewesen.

Um eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne und mit den Wirkungen von Art. 472 O. R. kann es sich aber deswegen nicht handeln, weil die Geschäftsführung vom dominus negotii verboten worden ist. Die Beklagte hat in diesem Sinne deutlich ihren Willen dahin erklärt, daß sie die weitere Verpflegung des Kindes durch die Eheleute Livet nicht wünsche; ja, sie hat sogar das Kind herausverlangt und die Eheleute Livet haben es gegen ihren Willen behalten (vgl. Hafner, Kommentar Art. 421 Note 1; Kohler & Jherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 25, S. 50).

Anders verhielte es sich freilich, wenn dieses Verbot das Sittengebot insofern verletzen würde, als sich die Beklagte dadurch eine Mißachtung der ihr anvertrauten unantastbaren Interessen des Kindes hätte zu schulden kommen lassen (vgl. Hafner, Kommentar Art. 472 Note 1, Art. 470 Note 6; Kohler & Jherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 25 S. 50; Seufferts Archiv Bd. 3 Nr. 51). Vorliegend mögen sich in der Tat die Eheleute Livet von solchen Erwägungen haben leiten lassen, indem sie glauben mochten, die weitere Verpflegung des Kindes bei ihnen und dessen Nichtherausgabe liege im Interesse des Kindes, weil bei der Beklagten seine Erziehung gefährdet sei. Allein auch wenn der Kläger und seine Frau in guten Treuen von dieser Annahme ausgegangen sind, so ist eben doch *objektiv* keineswegs feststehend, daß wirklich die richtige Erziehung des Kindes durch die Beklagte gefährdet war. Ganz abgesehen von ihrer persönlichen Eignung zur Erziehung des Kindes und dem Milieu, in welches dasselbe gekommen wäre, wenn es bei seiner Mutter geblieben wäre, ist in dieser Hinsicht darauf hinzuweisen, daß die Beklagte, wie sich aus der Prozedur ergibt (vgl. die Zeugenaussage Baltera), gar nicht die Absicht hatte, das Kind bei sich zu behalten, sondern

Digitized by Google

seine Verpflegung dem Zeugen Baltera angetragen hatte. Daß aber Baltera, bezw. dessen Familie, nicht die nötigen Garantieen für die richtige Auferziehung des Kindes geboten hätte, ist aus der Prozedur nicht ersichtlich. Und da nun davon auszugehen ist, daß eine bloß putative gestio vom Rechte nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Kohler & Jherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 25 S. 52 ff.; Windscheid Pandekten Bd. 2 S. 921), so kann der klägerische Anspruch vom Gesichtspunkt des Art. 472 O. R. aus nicht geschützt werden.

Da nun die Klägerschaft ihren Anspruch weiterhin auch aus Art. 473 O. R., speziell dessen Absatz 2, herleitet, so bleibt noch dieser Standpunkt des Klägers zu prüfen.

Diese Gesetzesbestimmung findet Anwendung auf *jede* Geschäftsführung, die nicht unter Art. 472 fällt, auch auf die vom Geschäftsherrn verbotene, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde oder nicht (Hafner, Kommentar Art. 473 Note 1 *a* und die dortigen Zitate; Kohler & Jherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 25 S. 96).

Inwiefern ein durch das Strafgesetz reprobiertes oder auch nur civilrechtlich unerlaubtes Verhalten des negotiorum gestor gegenüber dem dominus negotii einen Anspruch aus Art. 473 O. R. zu begründen vermöchte, kann unerörtert bleiben, da die Verweigerung der Herausgabe des Kindes seitens der Eheleute Livet kein solches war, wie hinsichtlich der Frage der civilrechtlichen Unerlaubtheit ihres Vorgehens noch des näheren zu erörtern sein wird.

Die aus der Geschäftsführung resultierende Bereicherung braucht dabei nicht notwendigerweise in dem für eine Sache gemachten Aufwand zu bestehen; sie ist vielmehr auch in der Weise denkbar, daß dem Bereicherten die Erfüllung einer Pflicht abgenommen wird, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist, wo Bertha Eichenberger dadurch bereichert wurde, daß ihr der obliegende Unterhalt des Kindes aus ihren Mitteln erspart blieb (Windscheid, Pandekten Bd. 2 S. 923; Kohler & Jherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 25 S. 99).

Die Bereicherungsklage muß somit gutgeheißen werden und zwar für denjenigen Betrag, den die Beklagte für die anderweitige Verpflegung ihres Kindes hätte auslegen müssen, wenn dasselbe in der fraglichen Zeit nicht bei den Eheleuten Livet untergebracht gewesen wäre.

Digitized by Google

89. ***Laudatio auctoris:*** **Gegenüber einer Verbotsklage; gegenüber einer Negatorienklage.**

Hess ca. Nyffeler.

7. November 1907 (II. Abt.).

Entscheidungsgründe:

1. Durch „Wissenlassung mit Verbot und Rechtsverwahrung" vom 30. November / 4. Dezember 1905 teilte der heutige Impetrat J. A. Hess dem heutigen Impetranten Albrecht Nyffeler, „Gutsbesitzer im Weyerhaus zu Huttwyl" mit, er sei Eigentümer eines Hofes zu Ittishäusern, zu welcher Liegenschaft verschiedene Wasserrechte gehören. Wie er, Hess, erfahren, beabsichtige nun Nyffeler, ihm eines dieser Wasserrechte zu entziehen und zwar dadurch, daß er im Grund und Boden des Hess und von da aus dem von Ittishäusern, bezw. aus zwei dortigen Weihern abfließenden Wasser eine andere Ableitung und Richtung in ein eigenes zu diesem Zweck erstelltes Reservoir geben wolle. Hess protestiere nun gegen diese beabsichtigte Besitzesstörung und gegen diese unbefugten Eingriffe in seine Eigentumsrechte und verbiete dem Nyffeler die Vornahme dieser Handlungen, sowie überhaupt das Betreten seines Grund und Bodens zu diesem Zwecke und zwar im Sinne der Satz. 360 und 362 C.

Gegen dieses Verbot schlug Albrecht Nyffeler durch „Wissenlassung mit Rechtsvorschlag" vom 18./20. Dezember 1905 förmlich Recht dar und zwar unter Berufung darauf, daß ihm ein titelsgemäßes Recht auf das betreffende Wasser zustehe, und verwahrte sich gleichzeitig gegen eine Behinderung der Ausübung seiner bezüglichen Rechte seitens des Hess.

Der Letztere trat nun seinerseits mit einer Klage auf Handhabung des betreffenden Verbots, in Verbindung mit einer actio negatoria, gegen Albrecht Nyffeler auf. In dieser Klage d. d. 17., 18. und 20. Dezember 1906 werden gestellt folgende zwei *Rechtsbegehren:*

1. Es sei gerichtlich zu erkennen, die klägerischen Liegenschaften zu Ittishäusern seien frei von den Wasserrechten, welche der Beklagte bezüglich des Kehrgrabens in seinem Rechtsdarschlage vom 18./20. Dezember 1905 in Anspruch nimmt, unter Kostenfolge.

2. Es sei das vom Kläger hinsichtlich der obgenannten Liegenschaften erlassene Spezialverbot vom

Digitized by Google

30. November und 4. Dezember 1905 gegenüber dem Beklagten zu handhaben, unter Kostenfolge.

Statt einer Verteidigung auf diese Klage reichte nun aber Albrecht Nyffeler unterm 1. Mai 1907 dem Richteramt Trachselwald ein vom 30. April gleichen Jahres datiertes Zwischengesuch ein, enthaltend die Begehren: Es sei Jakob Andreas Nyffeler in Hinsicht auf die erhobenen Klagsansprüche der eigentliche Beklagte und demnach Albrecht Nyffeler von der Einlassung auf die Klage zu befreien.

Durch Urteil vom 15. Juni 1907 sprach der Gerichtspräsident von Trachselwald dem Impetranten sein Zwischengesuch zu und befreite ihn demgemäß von der Einlassung auf die Klage des Impetraten, unter Folge der auf Fr. 86. 85 bestimmten Kosten.

Gegen dieses Urteil erklärte der Vertreter des Impetraten sofort die Appellation.

2. Die Argumentation des Impetranten geht dahin, nicht er sei Eigentümer des allerdings von ihm bewirtschafteten Weyerhausheimwesens, sondern sein Vater J. A. Nyffeler, und die Klage des Impetraten, wodurch die Freiheit seiner Liegenschaften von den zu Gunsten der Weyerhausbesitzung beanspruchten Wasserrechten konstatiert werden solle, sei daher gegen seinen Vater zu richten und er sei berechtigt, durch die Nennung des Letztern als des eigentlichen Beklagten gemäß §§ 26 und 139, Ziff. 4 P., von der Einlassung auf die Klage sich zu befreien.

Dem gegenüber ist jedoch in erster Linie hervorzuheben, daß jedenfalls mit Bezug auf das zweite, auf Handhabung des Verbots vom 30. November / 4. Dezember 1905 gerichtete Klagsbegehren die Stellung der Parteien eine gegebene ist. Das Verbot wurde erlassen, *gegen den heutigen Impetranten allein* und es erklärt derselbe ja selbst in Art. 2 der Begründung seines Zwischengesuches, die betreffende Wissenlassung habe sich *direkt und allein gegen ihn* gerichtet und sich deshalb als *Spezialverbot* qualifiziert. Weiterhin bringt er in Art. 6 das. an, *um sich nicht einer Bestrafung* (wegen Verbotsübertretung) *auszusetzen*, habe er die „Wissenlassung mit Rechtsdarschlag" vom 18./20. Dezember 1905 an Hess erlassen.

Freilich macht er in Art. 8 geltend, im Termin des Aussöhnungsversuches vom 20. Januar 1906 habe er Folgendes zu Protokoll gegeben:

„Albrecht Nyffeler gibt die Erklärung ab, daß er nicht „Eigentümer und „Gutsbesitzer" im Weyerhaus zu Huttwyl

Digitized by Google

„sei, sondern sein Vater J. A. Nyffeler und daß er in der „Angelegenheit somit höchstens als nach menschlichem Er„messen mutmaßlicher Erbe seines Vaters in Betracht komme. „Er hat demnach den Rechtsvorschlag gegen das ihm per„sönlich zugestellte Verbot als Vertreter und im Auftrage „seines Vaters erhoben und ist, weil nur durch häusliche „Gemeinschaft mit seinem Vater an der von diesem bean„spruchten Servitut Interessierter, zu einer bezüglichen „Klage nach seinem Dafürhalten passiv nicht legitimiert, „wohl aber sein Vater J. A. Nyffeler. Albrecht Nyffeler „verweigert daher die Einlassung auf diese Klage schon jetzt „im Sinne des § 26 P. . . . . Dagegen erklärt sich heute „schon J. A. Nyffeler bereit, den Streit zu übernehmen und „verlangt dies auch. (§ 35 P.) Er verlangt, daß der bezüg„liche Aussöhnungsversuch als fruchtlos erklärt und dem „Kläger ihm gegenüber das Recht eröffnet werde."

Eine derartige Erklärung findet sich aber nirgends in den Akten verbalisiert und schon aus diesem Grunde kommt einer allfälligen, dahinzielenden Aeußerung des Beklagten im Termin des Aussöhnungsversuches prozessualisch eigentlich keine Bedeutung zu (§ 121 P.). Allein auch abgesehen hievon vermöchte eine solche Erklärung an der Prozeßlage nichts zu ändern. Nachdem der Impetrant gegen das an seine Adresse gerichtete Verbot des Hess Recht dargeschlagen hatte und zwar ohne irgendwie anzudeuten, daß er dabei lediglich als Stellvertreter seines Vater handle, konnte er nicht hintendrein auf den Standpunkt sich stellen, daß nicht er, sondern sein Vater in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Weyerhausheimwesens ins Recht zu fassen sei. Im Verbotsprozesse jedenfalls ist die Stellung der Parteien, wie gesagt, von vornherein eine gegebene, die Klage auf Handhabung des Verbots geht gegen denjenigen, der ein an ihn erlassenes Verbot nicht respektieren will und von der Nennung des eigentlichen Beklagten kann hier übrigens schon deswegen keine Rede sein, weil es dabei auf den Besitzstand des Beklagten gar nicht ankommt, die Klage vielmehr gegen denjenigen sich richtet, der die Besitzesstörung vorgenommen hat, gleichviel ob er dabei in eigenem Namen oder im Auftrag, bezw. als Stellvertreter eines Andern gehandelt hat (Seufferts Archiv Bd. 12 Nr. 85).

Auch die Erklärung des Vaters Nyffeler, daß er den Rechtsstreit interventionsweise gemäß § 35 P. zu übernehmen bereit sei, ist schon deshalb ohne Belang, weil damals —

Digitized by Google

im Stadium des Aussöhnungsversuches — ein Rechtsstreit zwischen den heutigen Parteien noch gar nicht hängig war, in den sich Vater Nyffeler hätte einmischen können.

3. Was sodann die vom Impetraten in Verbindung mit der Verbotsklage angebrachte Negatorienklage betrifft, so ist allerdings richtig, daß man die laudatio auctoris, die auf den Fall der Vindication zugeschnitten ist und hier jedenfalls ihre Hauptanwendung findet, auch auf die Fälle der Quasibesitzeshandlungen an einer Servitut in fremdem Namen ausgedehnt hat (s. Pillichody, Nr. 435 ad. § 26 P.). Es mag unerörtert bleiben, ob die Zulassung der laudatio auctoris in diesem Umfange prinzipiell sich rechtfertigt, denn jedenfalls ist solche dadurch bedingt, daß der mit der actio negatoria Belangte im Quasibesitz einer Servitut sich befindet, bezw. sich zu befinden vorgiebt. Hier nun hat der Impetrant nicht einmal behauptet und noch weniger nachgewiesen, daß er (als Stellvertreter seines Vaters) im Quasibesitz des in Rede stehenden Wasserrechts sich befinde, sondern er hat sich darauf beschränkt, eine solche Dienstbarkeit für sich in Anspruch zu nehmen und gestützt darauf gegen das Verbot des Impetraten Recht darzuschlagen. Bei dieser Sachlage hätte der Letztere sich darauf beschränken können, mit dem possessorischen Rechtsmittel der Verbotsklage seinen Besitzstand gegenüber den Anmaßungen des Impetranten zu schützen. Wenn er nun auch einen Schritt weiter ging und mit der Verbotsklage eine actio nogatoria verband, *so richtete sich doch diese Negatorienklage nicht etwa gegen den Impetranten in seiner Eigenschaft als angeblicher Besitzer des Weyerhausheimwesens*, sondern es sollte dadurch lediglich festgestellt werden, daß derselbe mit Unrecht die in seiner Wissenlassung mit Rechtsvorschlag vom 18./20. Dezember 1905 in Anspruch genommenen Wasserrechte sich anmaße. Es erscheint mithin durchaus gleichgültig, ob der Impetrant selbst oder sein Vater als Eigentümer des Weyerhausheimwesens zu betrachten ist, denn es handelt sich für den Impetraten einfach darum, die Freiheit seines Eigentums gegenüber den dasselbe in Frage stellenden Ansprüchen des Impetranten konstatieren zu lassen, mögen diese Ansprüche in eigenem Namen oder im Namen eines Dritten geltend gemacht werden (s. Leuenberger, Vorles. II[1], S. 236 ff.). Sobald der Beklagte nicht im Besitze der von ihm beanspruchten Servitut sich befindet, erscheint die laudatio auctoris begrifflich ausgeschlossen, da es eben

Digitized by Google

in diesem Falle einzig darauf ankommt, die Freiheit des klägerischen Eigentums gegenüber Jedem, der sich, gleichgültig aus welchem Grunde, ein damit in Widerspruch stehendes Recht anmaßt, zur Anerkennung zu bringen und mithin dabei von der Verweisung des Klägers an eine andere Person als den richtigen Beklagten keine Rede sein kann (s. Urteil vom 5. Okt. 1894 i. S. Wüthrich c. Erbschaft Dreyer, Z. des bern. Jur.-Ver. Bd. 31, S. 73 ff.). Uebrigens ist die laudatio auctoris nicht etwa mit der Bestreitung der Passivlegitimation des Beklagten auf die gleiche Linie zu stellen, vielmehr handelt es sich dabei um eine dem Beklagten im Vindikationsstreite und in analogen Streitigkeiten über dingliche Rechte eingeräumte Vergünstigung, durch Nennung desjenigen, als dessen Stellvertreter er den Besitz ausübt, sich der Einlassung auf eine gegen ihn persönlich gerichtete Klage zu entziehen. Er kann von diesem Rechte Gebrauch machen oder nicht (§ 139 Ziff. 4 P.). Macht er davon Gebrauch, so wird der Kläger unter Umständen in den Besitz eingesetzt, ohne daß der laudator noch etwas dagegen einwenden könnte (§ 27 P.). Auch diese Erwägung bildet eine weitere Bestätigung dafür, daß die laudatio auctoris überall da ausgeschlossen ist, wo der Besitzstand des Beklagten keine Rolle spielt, was eben vorliegend der Fall ist, indem die Negatorienklage des Impetraten lediglich darauf fusst, daß dem Impetranten die in seiner Vorkehr vom 18./20. Dezember 1905 *in Anspruch genommenen* Wasserrechte am *klägerischen* Eigentum nicht zustehen und daß dieser sich infolgedessen jedes Eingriffes in seine Eigentumssphäre zu enthalten habe.

40. Art. 545 et 596 C. O. Société en commandite.

I. Le retrait amiable d'un associé ne peut avoir lieu que du consentiment de tous les associés et non pas seulement de celui du commandité.

II. A défaut d'une stipulation spéciale, le commanditaire sortant n'a pas droit au remboursement pur et simple de sa commandite, mais à sa part de l'avoir social.

Joseph Bouellat contre Louis Poulet.

12 novembre 1907 (Ire Chambre).

Extrait des considérants:

1. Exception dilatoire. Le demandeur prétend sous n° 39 de la réplique que malgré sa retraite comme com-

Digitized by Google

manditaire, la société en commandite Louis Poulet & Cie. a continué entre l'associé indéfiniment responsable Louis Poulet et le commanditaire Xavier Ribeaud, et cependant, il dirige son action contre l'associé Louis Poulet seul, faisant ainsi abstraction complète du contrat de société du 22 juillet 1906 intervenu entre le demandeur, Poulet et Ribeaud. Il devait diriger sa demande de remboursrment de sa commandite contre la société elle-même puisque la commandite constitue une partie de l'avoir social. On ne voit pas comment cette demande ne pourrait intéresser que l'associé commandité et non pas aussi un second associé commanditaire, car celui-ci n'est pas un simple bailleur de fonds, mais un véritable associé ayant des droits et des obligations d'associé. (Voir Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, 2e éd. no 785).

En admettant que le demandeur soit valablement sorti de la société en acceptant les offres de son co-associé par lettre du 27 novembre 1907, il ne pourrait cependant pas exiger simplement la restitution de ses apports, à défaut d'une convention stipulant expressément cette restitution. Il faudrait, au préalable, déterminer sa part dans l'actif social, à teneur de l'art. 596 C. O. Or il est pour ainsi dire exclu que cette part corresponde exactement au montant des apports, car suivant le résultat de l'activité sociale, ceux-ci seront ou bien augmentés par des bénéfices ou diminués ou même annihilés par des pertes.

Aux termes de l'art. 594 C. O., les rapports des associés entre eux sont déterminés en première ligne par le contrat de société. Or, l'art. 7 du contrat de société entre Bouellat et Poulet, du 15 mars 1906, stipule qu'en cas de dissolution de la société pour une raison quelconque, Louis Poulet pourra en prendre l'actif et le passif en remboursant à Bouellat sa part, fixée d'après l'inventaire auquel il sera procédé et que cette part sera payable sans intérêts dans les six mois qui suivront l'inventaire. Cette disposition devant recevoir son application, il en résulte que la demande qui a été formulée avant les six mois dès la retraite et même avant tout inventaire, doit être écartée comme prématurée, la part du demandeur n'étant pas encore exigible.

. . . . . .

Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question, car la retraite d'un associé ne peut avoir lieu que du consentement de tous les associés et non pas seulement de celui d'une partie d'entre eux — art. 545 C. O. déclaré

Digitized by Google

applicable aux sociétés en commandite par les art. 572 al. 2 et 611 — (voir Curti, Schweiz. Handelsrecht, p. 250 litt. *b*; arrêt du trib. féd. du 23 janvier 1886, Schmid et Cie. c. Gohl, recueil officiel, vol. 12 p. 202, relaté dans Curti à vol. II nº 2933). Or, au momnnt où cette prétendue convention de retraite est arrivée, il existait un troisième associé, le commanditaire Xavier Ribeaud qui était lié par un contrat de société avec Bouellat et Poulet et qui, ce néanmoins, n'a pas été consulté quant à la retraite du demandeur. Le fait que l'entrée de Ribeaud dans la société n'a pas été inscrite au registre du commerce au mépris de l'art. 592 C. O. n'affecte en rien la validité du contrat de société du 22 juillet 1906 (Rossel op. cit. nº 782; art. 599 C. O.). Il est de même indifférent que dans la suite, soit le 31 janvier 1907, Ribeaud, de commanditaire, serait devenu simple bailleur de fonds, attendu qu'au moment du dépôt de la demande il était incontestablement commanditaire et avait voix au chapitre.

Cette retraite de Bouellat constitue d'ailleurs une modification ultérieure du contrat de société qui, aux termes de l'art. 592 C. O., devrait être inscrite au registre du commerce à la participation personnelle de Ribaud. Or, une semblable inscription ne pourrait être ordonnée en justice sans que le commanditaire Ribaud ait été mis en cause, ce que le demandeur a omis de faire.

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

38. Die Strafdrohungen des Gesetzes betr. Errichtung von Einigungsämtern und Massnahmen gegen Ausschreitungen bei Streiks vom 28. Februar 1908 finden auf Ausschreitungen bei *Aussperrungen* keine Anwendung.

Polizeikammer, i. S. Friedrich Brügger, vom 4. Mai 1908.

Entscheidungsgründe:

I. „Friedrich Brügger, Maschinist, ist angeschuldigt der Widerhandlung gegen das „Gesetz betreffend Errichtung von Einigungsämtern und Maßnahmen gegen Ausschreitungen bei Streiks“ vom 23. Februar 1908, begangen am Abend des 28. Februar 1908 an der Fabrikstraße in Bern. Nach der Anzeige sei Brügger damals in Gesellschaft von aus-

Digitized by Google

gesperrten Schreinern den beiden von der Arbeit kommenden Zimmerleuten Alfred Schlatter und Rudolf Wasserfallen begegnet und habe den letztern ohne Veranlassung zugerufen: „Wenn ihr nit ufhöret schaffe, so werdet ihr de g'seh, wie es euch ergeit."

Der Angeschuldigte bestreitet, sich bei diesem Vorfalle in irgend einer Weise beteiligt zu haben. Die beiden obgenannten, als Zeugen abgehörten Zimmerleute bestätigen die Richtigkeit der Anzeige mit der Abänderung, daß Brügger sie zuerst gefragt habe, ob sie auch „an der Bank schaffen" und dann, nach Bejahung dieser Frage, ihnen gedroht habe, sie sollen sich nur in Acht nehmen.

Sowohl der Anzeiger, wie die zwei Zeugen erklären, daß zur Zeit der eingeklagten Handlung in Bern kein Streik, wohl aber eine Aussperrung im Schreinergewerbe bestanden habe. Während des ganzen Verfahrens ist dies auch von keiner Seite in Abrede gestellt worden. Es darf denn auch mit dem erstinstanzlichen Richter, gestützt auf die seinerzeit erfolgten Publikationen in den Tagesblättern, als notorisch angesehen werden, daß der Schreinermeisterverein am 1. Februar 1908 den sämtlichen Arbeitern im Schreinergewerbe gekündet hat, nachdem vorherige längere Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über die Neuordnung der Arbeitsbedingungen im Schreinergewerbe zu keiner Einigung geführt hatten, und daß infolge dieser Kündigung eine größere Anzahl von Schreinern, welche die von den Meistern offerierten Bedingungen nicht annehmen wollten, nicht mehr arbeiten konnten, also ausgesperrt waren.

Immerhin wäre es wünschbar gewesen, wenn der Vorderrichter nach dieser Richtung hin eine vollständigere Beweiserhebung veranstaltet hätte.

II. Bei dieser Sachlage hat der Gerichtshof in erster Linie die Frage zu prüfen, ob die Strafdrohungen des erwähnten Gesetzes betreffend Errichtung von Einigungsämtern und Maßnahmen gegen Ausschreitungen bei Streiks auf Ausschreitungen auch bei Aussperrungen oder nur bei Streiks Anwendung finden. Ist die letztere Auffassung die richtige, wie die Verteidigung behauptet, so fällt das angeführte Gesetz für die Beurteilung des eingeklagten Vorfalles außer Betracht, und es ist dann weiter zu untersuchen, ob die dem Angeschuldigten zur Last gelegten Handlungen, soweit bewiesen, den Tatbestand eines anderen Deliktes erfüllen.

1. Bei der Prüfung der eingangs genannten Frage ist,

Digitized by Google

wie bei jeder Gesetzesauslegung, davon auszugehen, daß *für den Richter nur das Gesetz selbst Norm und Richtschnur* ist, nur der in verfassungsmäßiger Form erklärte und verkündete Wille des Gesetzgebers, d. h. nach unserem Staatsrechte der das fragliche Gesetz annehmenden Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Bürger.

2. Die Aufgabe des Richters besteht daher auch betreffend der vorliegenden Frage in erster Linie darin, den Wortsinn des Gesetzes festzustellen.

Art. 5 des Gesetzes, der die in Frage stehende Strafbestimmung enthält, lautet:

„Wer anläßlich einer Arbeitseinstellung einen Arbeits-
„willigen durch Tätlichkeiten, Drohungen, Ehrbeleidigungen
„oder durch erhebliche Belästigung an der Ausübung seiner
„Berufstätigkeit verhindert oder zu verhindern versucht, wird
„mit Gefängnis bis zu 60 Tagen bestraft. In geringfügigen
„Fällen kann Buße bis zu Fr. 100 ausgesprochen werden.
„Gegen einen Ausländer kann überdies Landesverweisung
„von 2 bis zu 10 Jahren ausgesprochen werden. Diejenigen
„Fälle werden vorbehalten, in welchen die Handlung durch
„ein anderes Gesetz mit einer strengeren Strafe bedroht ist.

„Der nämlichen Strafe verfällt auch derjenige, welcher
„anläßlich einer Arbeitseinstellung durch Tätlichkeiten,
„Drohungen, Ehrbeleidigungen oder durch erhebliche Be-
„lästigung jemanden an der Teilnahme an einem Streik ver-
„hindert oder zu verhindern versucht.

„In schweren Fällen kann sofortige Verhaftung erfolgen."

Aus dieser Fassung des Gesetzes ergibt sich, daß es die Ausdrücke „Arbeitseinstellung" und „Streik" als gleichbedeutend verwendet; das Gesetz will offenbar im ersten Alinea die Verhinderung Arbeitswilliger an der Arbeit durch die dort angeführten Mittel anläßlich einer Arbeitseinstellung mit Strafe bedrohen, aber umgekehrt auch die durch die nämlichen Mittel begangene Verhinderung von Arbeitern an der Teilnahme an einer Arbeitseinstellung, welch' letztere im Texte nun ausdrücklich als *Streik* bezeichnet ist. Gleich werden auch die in Art. 5 enthaltenen Strafdrohungen gegen Ausschreitungen anläßlich einer Arbeitseinstellung im Titel des Gesetzes ebenfalls als Maßnahmen gegen Ausschreitungen bei *Streiks* bezeichnet. Das Gesetz befindet sich mit dieser Gleichstellung der beiden Ausdrücke in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauche und mit der Wissenschaft.

Digitized by Google

Ueber die Bedeutung des Begriffes „Arbeitseinstellung", „strike", „grève", herrscht kein Zweifel. In der Wissenschaft, wie auch in der Praxis versteht man unter Arbeitseinstellung die gemeinsam erfolgte, freiwillige Niederlegung der Arbeit seitens der in einem bestimmten Berufe beschäftigten, unselbständigen Personen in der Absicht, sich dadurch günstigere Arbeitsbedingungen zu verschaffen. Das Gegenstück als soziales Kampfmittel, gerichtet gegen die Arbeiter und deren Koalitionen, bildet die Aussperrung (lockout), d. h. die von seiten der Unternehmer verfügte Betriebseinstellung, Entlassung der Arbeiter. Das Gemeinsame beider Erscheinungen ist die Arbeitssperre. Der Unterschied liegt einzig in der formalen Seite der Arbeitsvertragslösung. Es liegt ein Streik vor, wenn die Arbeiter das Kampfmittel der Arbeitssperre ergreifen, d. h. die Arbeit gemeinsam einstellen, dagegen eine Aussperrung, wenn die Unternehmer kündigen und ausschließen; insofern sind die beiden wirtschaftlichen Erscheinungen durchaus verschieden (vgl. hierüber u. a. das Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Dr. J. Conrad, s. v. „Arbeitseinstellung" und „lockout").

Es handelt sich also um zwei wesentlich von einander verschiedene Begriffe, um zwei einander entgegengesetzte Kampfmittel in den wirtschaftlichen Kämpfen der Gegenwart um die Gestaltung der Arbeits- und Lohnverhältnisse.

Das Gesetz aber spricht bei Art. 5 nur von einem dieser Kampfmittel, nämlich von der Arbeitseinstellung, dem Streik, und erklärt die in Art. 5 aufgenommenen Strafdrohungen nur auf Ausschreitungen anwendbar, die anläßlich eines Streikes begangen worden sind.

Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes fallen somit die bei Anlaß einer Aussperrung begangenen Ausschreitungen nicht darunter.

3. Aber auch wenn der Wortlaut an sich klar erscheint und einen bestimmten, begrenzten Inhalt zu ergeben scheint, kann es sich noch fragen, ob dieser Inhalt wirklich das ist, was der Gesetzgeber aussprechen, also zum Gesetz werden lassen wollte. Es ist möglich, daß der Gesetzgeber mit den von ihm gewählten Worten mehr ausdrückt, als er sagen wollte, oder umgekehrt seine Worte zu eng faßt, also weniger ausdrückt, als er sagen wollte. Ein solches Mehr darf aber nur dann als Gesetzesinhalt behandelt werden, wenn es sich *aus dem Gesetze selbst* nachweisen läßt; denn

Digitized by Google

was der Gesetzgeber gewollt hat, ist nur soweit Gesetz geworden, als er diesen seinen Willen im Wortlaute des Gesetzes zum Ausdruck gebracht hat. Vgl. in dieser Beziehung Dernburg, Pandekten: „Der Gedanke, welcher *aus dem Gesetze* spricht, ist entscheidend, nicht der, welchen der Gesetzgeber oder gar ein bloßer Redaktor des Gesetzes außerhalb des Gesetzes ausspricht". Dabei kann und muß oft auch ein unvollkommener Ausdruck des Willens genügen, sobald nur der letztere mit den gewählten Gesetzesworten noch vereinbar ist. (Vgl. hiezu Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts; ferner Dernburg, Pandekten; Regelsberger, Pandekten, Wächter, Pandekten).

Die Verteidigung führt nun aus, daß der Gesetzgeber absichtlich in dem angeführten Gesetze keine Strafbestimmungen gegen Ausschreitungen bei Aussperrungen aufgestellt, vielmehr die dort enthaltenen Strafdrohungen ganz bewußt auf den Fall des Streiks beschränkt habe. Der Gerichtshof gelangt hierin zu einer entgegengesetzten Auffaßung; er hält dafür, daß sich aus dem Zwecke des Gesetzes, sowie auch aus den Gesetzesmaterialien genügend Anhaltspunkte für die Auffassung ergeben, daß das Volk durch Annahme des Gesetzes auch für den Fall der *Aussperrung* die Arbeitswilligen in erhöhtem Maße gegen Beeinträchtigungen der im Gesetze bezeichneten Art strafrechtlich schützen wollte.

a) Das Gesetz ist allerdings ausgegangen von einer ganz bestimmten Erscheinungsart der mannigfaltigen Störungen des sozialen Friedens, welche die wirtschaftlichen Kämpfe der Gegenwart um die Neugestaltung des Verhältnisses zwischen Kapital und Arbeit mit sich gebracht haben, nämlich von den Streiks, weil diese Art von Kollektivstreitigkeiten die bisher häufigste, wenn nicht fast ausschließliche Art von solchen tief gehenden Störungen des wirtschaftlichen und öffentlichen Lebens war. Weil dies die bisher gewöhnliche, in Bern selbst bis dahin einzige Form von Kollektivstreitigkeiten war, welche zu Ausschreitungen ausständiger Arbeiter gegenüber Meistern und Arbeitswilligen geführt hat, richtete sich auch das Augenmerk des Gesetzgebers vor allem und fast ausschließlich auf die Streiks; deshalb sprechen die Votanten im Großen Rate fast durchweg bloß von Ausschreitungen bei Streiks und den hiegegen zu treffenden Maßnahmen, spez. dem stärkeren strafrechtlichen Schutz der Arbeitswilligen; deshalb spricht auch das

Digitized by Google

Gesetz selbst, wenigstens in seinem zweiten, den Strafbestimmungen gewidmeten Teile, immer von Verhinderung der Arbeitswilligen anläßlich von Streiks.

b) Aber *Zweck des Gesetzes*, wie er sich aus dem ganzen Inhalt desselben, ferner aus der Botschaft des Großen Rates an die zur Abstimmung berufenen Bürger ergibt, ist die Verhinderung *aller Arten* von Kollektivstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, eventuell doch ihrer nachteiligsten Begleiterscheinungen, also die Vermeidung aller durch diese Streitigkeiten entstehenden schweren Störungen des sozialen Friedens. Dieser Zweck soll erreicht werden einerseits durch die Einrichtung von Einigungsämtern und andererseits durch eine wirksame strafrechtliche Repression der Beeinträchtigung der individuellen Freiheit, spez. der Arbeitsfreiheit. Man wollte den unerträglich gewordenen Mißständen bei Kollektivstreitigkeiten, durch welche die Arbeitsfreiheit und die öffentliche Ruhe und Ordnung in hohem Maße gefährdet wurden, auf doppeltem Wege steuern: einmal sollte, wo immer möglich, eine rasche, gütliche Erledigung der Kollektivstreitigkeiten durch die zu errichtenden Einigungsämter herbeigeführt werden und zum andern wollte man die als eine schwere Gefährdung der Rechtssicherheit und der individuellen Freiheit empfundenen Nötigungen einzelner Beteiligter zur bestimmten Stellungnahme in der Kollektivstreitigkeit unter schärfere Strafdrohungen stellen.

Daß *die Einigungsämter* wirklich zur friedlichen Bei legung von Kollektivstreitigkeiten aller Art, also auch der Aussperrungen bestimmt sind, zeigt schon der Wortlaut des Art. 1 l. c., welcher ganz allgemein von der gütlichen Erledigung von Kollektivstreitigkeiten durch diese neu zu schaffenden Einigungsämter spricht. Die Botschaft des Großen Rates sodann erklärt im Eingange noch deutlicher: „Dieses Gesetz soll in erster Linie dem Zwecke dienen, den Arbeiterausständen (Streiks) *und anderen Kollektivstreitigkeiten* zwischen Arbeitern und Arbeitgebern, *wie Aussperrungen* u. s. w. vorzubeugen."

Die Verteidigung hat zwar heute geltend gemacht, daß die Botschaft nicht als Auslegungsmittel herangezogen werden könne, weil sie erst nach der Fertigstellung des Gesetzes erstellt worden sei und zudem bloß die Ansicht des Präsidenten und des Sekretärs des Großen Rates, welche sie unterzeichnen, oder sogar bloß des eigentlichen Verfassers

Digitized by Google

wiedergebe. Diese Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden. Die Polizeikammer ist gegenteils der Meinung, daß die Botschaft zu den Gesetzesmaterialien gehöre und als wertvolles Interpretationsmittel dienen könne. Die „Botschaft des Großen Rates des Kantons Bern an das Berner Volk" ist nicht eine private Ansichtsäußerung des Präsidenten und des Staatsschreibers, sondern die einzige offizielle Kundgebung der das Gesetz vorberatenden Behörde über Zweck, Sinn und Tragweite des dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegten Entwurfes an das Volk, den wahren Gesetzgeber. Sie soll dem stimmberechtigten Bürger zeigen, welche Absichten der Große Rat, resp. die jeweilige Mehrheit desselben, mit der Aufstellung der in dem Gesetzesentwurfe enthaltenen Vorschriften verfolgt hat, welcher gesetzgeberische Gedanke in demselben zum Ausdruck gebracht werden sollte. Die Botschaft verdient deshalb größere Wertschätzung als Interpretationsmittel als die Voten der einzelnen Redner im Großen Rate, die eben doch nur die Beweggründe und Ansichten gerade dieser Mitglieder der vorberatenden Behörde darlegen. Wenn die Verteidigung sodann zur Begründung ihres Standpunktes noch anführt, die Botschaft zu dem in Frage stehenden Gesetze sei erst entstanden, nachdem in Bern die Aussperrung stattgefunden habe, so entspricht dies den Tatsachen nicht; die Botschaft datiert vom 26. November 1907, die Aussperrung im Schreinergewerbe dagegen ist erst am 1. Februar 1908 erfolgt, was, wie bereits bemerkt, als notorische Tatsache gelten kann.

Aber auch die Beratung im Großen Rate bestätigt, wenn dies noch nötig wäre, die Auffassung, daß der Gesetzgeber ganz zweifellos *die Einigungsämter* zur Schlichtung aller Kollektivstreitigkeiten, also auch der Aussperrungen, schaffen wollte. Von den Voten, die sich deutlich in diesem Sinne aussprechen, sei hier nur auf dasjenige des Herrn Gustav Müller verwiesen (pag. 333 des Tagblattes des Großen Rates, Jahrgang 1907), der bezüglich der geplanten Einigungsämter wörtlich folgendes sagte:

„Allein wenn man im Streikgesetz selbst die Bestim-
„mungen über die Einigungsämter aufstellen will, dann muß
„man über den vorliegenden Entwurf hinausgehen und eine
„Institution schaffen, die einen wirklichen Fortschritt be-
„deutet und denjenigen Zweck auch erreicht, den man
„wenigstens angeblich auch erreichen will, nämlich vorbeu-

Digitized by Google

„gende Maßnahmen zur Verhütung von Streiks und *Aus-*
„*sperrungen* zu treffen..... Wenn man daher wirklich
„geeignete Maßnahmen treffen will, müssen die Instanzen
„derart organisiert werden, daß man ihnen von vorneherein
„ein großes Maß von Vertrauen entgegenbringt und sie ein
„großes moralisches Gewicht in der öffentlichen Meinung
„haben, die bekanntlich ein bedeutender Faktor in der Ent-
„scheidung von Streitigkeiten, seien es Streiks oder *Aus-*
„*sperrungen*, ist."

Nach dem Gesagten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Gesetzgeber das erste seiner Mittel zur Verhinderung von Kollektivstreitigkeiten und der damit vielfach verbundenen Beeinträchtigungen der Arbeitsfreiheit, *die Einigungsämter*, für *alle* Fälle von solchen Streitigkeiten, seien es Streiks oder Aussperrungen, bestimmt hat und vernünftigerweise bestimmen mußte; denn wenn er seinen Zweck der Vermeidung und Vorbeugung aller dieser Störungen des Wirtschaftslebens und Verletzungen der individuellen Freiheit in erheblichem Maße erreichen wollte, so mußte er sie eben alle in den Bereich seiner gesetzgeberischen Aktion ziehen. Streiks und Aussperrungen zeitigen erfahrungsgemäß die nämlichen Auswüchse, die durch das Gesetz eben bekämpft werden wollten. Dieser Wille ist im Gesetze bezüglich der Einigungsämter in durchaus klarer Weise zum Ausdruck gekommen.

Hat aber der Gesetzgeber die Notwendigkeit erkannt, mittelst der Einigungsämter auf Verhinderung aller Kollektivstreitigkeiten, gleichgültig ob Streiks oder Aussperrungen, hinzuarbeiten, so mußte sich ihm diese Notwendigkeit auch bezüglich des zweiten Mittels, *des erhöhten strafrechtlichen Schutzes der Arbeitsfreiheit* aufdrängen. Auch für diese Art der Bekämpfung der Störungen des sozialen Friedens gab es keinen genügenden Grund um einen Unterschied zwischen Streiks und Aussperrungen zu machen, da ja bei beiden wirtschaftlichen Erscheinungen die nämlichen Verletzungen der Arbeitsfreiheit vorkommen können und tatsächlich vorkommen und nicht einzusehen ist, warum diese Delikte strenger bestraft werden sollen, wenn sie anläßlich eines Streikes, als wenn sie im Gefolge einer Aussperrung begangen werden.

Der erstinstanzliche Richter hat zwar dahin argumentiert, daß es bei einer Aussperrung keines erhöhten Schutzes der Arbeitswilligen bedürfe, da ja keine Arbeitswilligen vor-

Digitized by Google

handen seien, vielmehr umgekehrt gerade diejenigen als Arbeitswillige bezeichnet werden müßten, welche wegen Widerhandlung gegen das Streikgesetz angezeigt werden, denen nämlich die gewünschte Arbeit nicht gewährt werde. Diese Argumentation widerspricht der Erfahrungstatsache, daß auch bei einer Aussperrung sich immer Arbeitswillige finden, nämlich Arbeiter, welche zu den von den Arbeitgebern gestellten Bedingungen arbeiten wollen und deshalb von den Ausgesperrten als ihre Feinde betrachtet werden, weil jene in dem Kampfe die Position der Arbeitgeber stärken und den letztern zum Siege verhelfen können.

Es kann danach logischerweise nicht anders angesehen werden, als daß der Gesetzgeber gleich wie mittelst der Einigungsämter auch *mittelst der neuen Strafdrohungen* seinen Zweck bezüglich *aller* Kollektivstreitigkeiten erreichen wollte, *daß er Ausschreitungen nicht nur bei Streiks*, sondern auch bei *Aussperrungen durch strengere Strafandrohungen ahnden und damit verhindern wollte.*

c) Dem widerspricht scheinbar die Tatsache, daß der Große Rat am 6. Dezember 1905 nach längerer Debatte über die von der Regierung gegen die Ausschreitungen im Schreinerstreik erlassene Streikverordnung die Regierung einlud, einen Gesetzesentwurf vorzulegen, „welcher die nötigen Bestimmungen enthält, um namentlich: *a)* Ausschreitungen bei *Streiks* möglichst zu verhindern und strafrechtlich zu ahnden, *b)* den Schutz und die persönliche Freiheit der Arbeitswilligen und der Arbeitgeber in gleicher Weise wie der Streikenden wirksam zu wahren" und daß die Polizeidirektion dem Regierungsrate zu Handen des Großen Rates im August 1905 einen Vortrag betreffend „den Entwurf-*Streikgesetz*" vorlegte. Ebenso scheint damit in Widerspruch zu stehen, daß in den Verhandlungen des Großen Rates über den Art. 5 immer nur von Ausschreitungen bei *Streiks* die Rede ist.

Allein es ist dabei wieder daran zu erinnern, daß der Ausgangspunkt des Gesetzes eben nur die Ruhestörungen, Mißhandlungen und Belästigungen anläßlich von Streiks gewesen sind, daß bis zur Beratung des Gesetzes im Großen Rate in Bern der Streik die gewöhnliche Form der Kollektivstreitigkeiten und der gewöhnliche Anlaß zu Ausschreitungen dabei gewesen ist, woraus leicht zu erklären ist, daß die Redner bei der Besprechung der schärferen Repression dieser Ausschreitungen dieselben immer in Verbindung mit Streiks

Digitized by Google

gedacht haben. Daß aber dabei doch immer auch daran gedacht wurde, daß der in Aussicht genommene vermehrte Schutz der Arbeitswilligen durch neue Strafdrohungen auf alle Fälle von Kollektivstreitigkeiten Anwendung finden sollte, ergibt sich u. a. aus dem Votum des Kommissionspräsidenten in der zweiten Beratung. Gegenüber dem dort neuerdings durch Großrat Scheurer gestellten Antrage auf Aufstellung eines allgemeinen Tatbestandes der strafbaren Nötigung bemerkte Hr. Wyß:

„Praktisch erreichen wir auf beiden Wegen ungefähr „das gleiche. Es ist für denjenigen, der überhaupt die Not„wendigkeit einsieht, für die individuelle Freiheit und für „die Arbeitswilligen, *namentlich im Streikfall*, vermehrten „Schutz aufzustellen, gleichgültig, ob die betreffenden Be„stimmungen in unserm Strafgesetzbuch Aufnahme finden „oder ob sie in einem Spezialgesetz zur Geltung gelangen."

4. Wenn das Gericht, gestützt auf diese Erwägungen zu dem Schluße gelangt, der Gesetzgeber habe die Strafdrohungen des Art. 5 nicht nur für die bei Anlaß eines Streikes begangenen Handlungen der dort erwähnten Art, sondern für Alle bei Anlaß von Kollektivstreitigkeiten überhaupt verübten, in Aussicht genommen, so muß es dagegen *entschieden verneinen, daß dieser Wille des Gesetzgebers im Gesetze selbst zum Audruck gelangt oder wenigstens mit den gewählten Gesetzesworten noch vereinbar ist.* Der Gesetzgeber wählte nach den frühern Ausführungen über den Wortsinn des Gesetzes eine Faßung, die diesem Willen nicht nur nicht entspricht, sondern eine Ausdehnung der fraglichen Strafbestimmungen geradezu ausschließt.

Aus der zweiten Beratung des Großen Rates über Art. 5 geht übrigens hervor, daß in der das Gesetz vorberatenden Behörde der Mangel des Gesetzes eingesehen, aber trotzdem keine entsprechende Abänderung des Gesetzestextes getroffen wurde:

Herr Scheidegger bemerkte auf den Antrag des Herrn Scheurer (Einführung des allgemeinen Begriffs der Nötigung):

„Richtig ist der Einwand, daß wir hier nur von Tät„lichkeiten, Drohungen etc. ***während einer Arbeitseinstel„lung*** sprechen. Das ist ein Mangel und man könnte dem„selben vielleicht dadurch begegnen, daß man im 1. und „2. Alinea die Worte „während einer Arbeitseinstellung" „streichen würde. Dann richtet sich die Bestimmung ganz „allgemein gegen Tätlichkeiten und Belästigungen über-

Digitized by Google

„haupt, ob dieselben nun während, vor oder nach einem „Streik vorkommen. Allein ich weiß nicht, ob das zuläßig „ist, ***weil wir es hier mit einem Spezialgesetz zu tun „haben, das sich auf den Streik bezieht.*** Ich nehme an, „man müsse sich an diesen engen Rahmen halten, und darum „sehe ich davon ab, in dem erwähnten Sinne einen Antrag „zu stellen. Gestützt auf diese Sachlage empfehle ich Ihnen „dringend, heute auf Grundlage des vorliegenden Entwurfs „zu verhandeln und von einer Rückweisung an die vor- „beratenden Behörden abzusehen."

Auf die Worte des Hrn. Scheidegger entgegnete der Kommissionspräsident:

„Wenn Sie den Antrag Scheidegger annehmen, so „würde die vorliegende Bestimmung ***für alle Fälle, nicht „nur für Streiks zutreffen.*** Das hat dann aber zur Folge, „wie Herr Steiger richtig bemerkt hat, daß der Titel geän- „dert werden müßte. Derselbe könnte folgendermaßen redi- „giert werden: „Gesetz über Errichtung von Einigungs- „ämtern und über den Schutz der Arbeitsfreiheit." Aber „es müßten dann doch noch einzelne Punkte der spätern „Artikel von der Kommission durchgenommen werden. Ich „möchte daher für den Fall der Annahme des Antrages „Scheidegger vorschlagen, die Sache an die Kommission „zurückzuweisen . . . ."

Hierauf erklärte Herr Scheidegger, daß er gar keinen Antrag gestellt habe und sich dem Antrage Steiger anschließe. In der darauffolgenden Abstimmung wurde nun Art. 5 in der heute vorliegenden Form angenommen.

5. Bei dieser Sachlage erscheint ***eine extensive Interpretation*** ausgeschlossen, denn der Wille des Gesetzgebers, Ausschreitungen von der im Gesetze angeführten Art, begangen bei Anlaß von Kollektivstreitigkeiten jeder Art, also auch von Aussperrungen unter Strafe zu stellen, ist aus dem Gesetze selbst nicht nachzuweisen, vielmehr mit den gewählten Gesetzesworten schlechterdings unvereinbar.

6. Eine ***Ergänzung*** der fehlenden Strafdrohung durch ***Analogie*** aber ist unstatthaft. Art. 5 Str. G. enthält den Grundsatz: „Keine Handlung oder Unterlassung kann mit einer Strafe belegt werden, welche nicht durch verfassungsmäßige Gesetze oder Verordnungen angedroht war." Dieser Grundsatz schließt ein Verbot der Analogie in sich, soweit es sich um Aufstellung von verbrecherischen Tatbeständen und von Strafdrohungen handelt. Es darf nicht durch dieses

Digitized by Google

Mittel ein Strafgesetz auf einen Tatbestand angewendet werden, der nicht unter das Gesetz fällt, selbst wenn derselbe einem darunter fallenden ähnlich sieht und vielleicht moralisch und nach des Gesetzgebers Ansicht nicht minder strafwürdig ist. (Vgl. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, XI. Aufl., S. 74, Garraud, Précis de droit criminel, pag. 88, wie auch die bisherige Praxis der Polizeikammer.)

7. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Strafdrohungen des Gesetzes betreffend Errichtung von Einigungsämtern und Maßnahmen gegen Ausschreitungen bei Streiks und Ausschreitungen bei Aussperrungen keine Anwendung finden.

Friedrich Brügger muß demgemäß von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung auf Widerhandlung gegen das mehrerwähnte Gesetz mangels Vorliegens einer mit Strafe bedrohten Handlung freigesprochen werden. Eine Entschädigung gebührt ihm aber von daher nicht, da ihm aus dem gegen seine Person gerichteten Strafverfahren keine wesentlichen Nachteile entstanden sind.

III. Es könnte sich fragen, ob das Verhalten des Brügger nicht den Tatbestand eines im Strafgesetzbuch oder in andern Strafgesetzen enthaltenen Deliktes erfülle. Da die beiden Zimmerleute keinen Strafantrag gegen Brügger gestellt haben, können einzig Offizialdelikte in Betracht fallen; solche liegen aber nach der übereinstimmenden Auffassung des Polizeirichters und der Appellationsinstanz nicht vor. Der vorliegende Tatbestand qualifiziert sich weder als Störung der öffentlichen Ruhe, noch als Aergernis erregendes Benehmen, es handelt sich weder um einen groben Unfug, noch um ein *öffentlich* Aergernis erweckendes Benehmen. Ein anderer Deliktstatbestand kommt nicht in Frage."

Aus der korrektionellen Praxis.

Referent: Gerichtspräsident *Fröhlich*, Bern.

Urteil betreffend Wucher. (Schluß.)

Beim Prüfen all der Depositionen der abgehörten Zeugen und wie bereits erwähnt, davon ausgehend, daß zum Tatbestand des qualifizierten Wuchers die verschiedenen Merkmale kumulativ vorhanden sein müssen, kommt man nun zur Einsicht, daß in casu nirgends ein wirklicher Wucher

Digitized by Google

vorliege, weder durch Stucker noch durch Meyer begangen. Eigentümlich berührte bei diesen Abhörungen der Umtand, daß einzig Wäffler, Schneider und Schärer sich dazu berufen fühlten, belastend für Stucker auszusagen, alles Existenzen, die Schiffbruch erlitten haben, die damit eine oft zu beobachtende Tatsache bestätigen, daß Leute, die in irgend einer Weise Mißgeschick erlebt, gerne auch andern solches zuzufügen suchen. Denn tatsächlich beklagt sich sonst kein einziger Darlehensnehmer über die Angeschuldigten, im Gegenteil, sie wollen von ihnen nur gute Dienste empfangen haben.

In der Folge sollen nun diejenigen Fälle herausgegriffen werden, wo verhältnismäßig hohe Zinse zur Anwendung kamen und Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten der Angeschuldigten vorliegen.

(Folgt die Behandlung von 15 Fällen, wo nachgewiesen wird, daß qualifizierter Wucher nicht vorliegt, ferner des Expertengutachtens, was wir der Kürze halber übergehen.)

In der Annahme, die beiden Angeschuldigten hätten sich nicht des qualifizierten Wuchers schuldig gemacht, wird das Gericht namentlich noch bestärkt, durch die vielfach konsultierten Entscheidungen anderer Gerichte, die bezügl. des Wucherbegriffs auch bedeutend weiter gehen und unter diesen Tatbestand ganz andere Wuchergeschäfte subsumieren, als es die hier bekannten, bei Stucker und Meyer sind.

Zu erwähnen sind hier in erster Linie einige Entscheide der obersten deutschen Gerichte, enthalten in Seufferts Archiv. In Band 16 N. F. pag. 133 steht ein Entscheid des O. L. G. zu Frankfurt, wonach bei Auszahlung eines Darlehns von 22,000 M. der Darlehensgeber „als Gratifikation“ 2000 M. zurückerhielt. Da diese 2000 M. vom Darlehensnehmer an den Geber freiwillig als Gratifikation ausbezahlt wurden und diese Hingabe nicht als eine Bedingung der Darlehnsauszahlung galt, nahm das Gericht an, der Beklagte habe von der momentanen Notlage des Darlehensnehmers nicht Kenntnis haben können. Die aus Dankbarkeit nach Abschluß des Geschäftes freiwillig gegebenen 2000 M. seien ein Geschenk und in der Annahme eines solchen Geschenkes könne die Ausbeutung der Notlage nicht gefunden werden.

Bezüglich des *Wucherbegriffes* gelangt das O. L. G. zu Stuttgart in einem Entscheide in Band 17 N. F. auf pag. 399 zu folgenden Ausführungen:

Digitized by Google

Ein unehrenhafter, sittlich verwerflicher Wucher müsse namentlich darin erblickt werden, wenn jemand bei der Hingabe eines Darlehns oder bei fernerer Kreditierung einer Geldforderung das augenblickliche Bedürfnis, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit, den Mangel an Einsicht auf Seiten des Schulduers dazu benütze, sich besonders hohe, in den Umständen des Falles nicht begründete, damit vielmehr in keinem Verhältnis stehende Vorteile gewähren oder versprechen lasse.

In einem andern Falle ließ der Schuldner für den Betrag von 35,000 M. Hypotheken ausstellen, erhielt aber vom Darlehensgeber nur einen Hypothekartitel im Betrage von 25,000 M. cediert und für 10,000 M. mußte er Waren übernehmen. Auf Grund des Wuchergesetzes wurde dann dieses Geschäft angefochten und Herausgabe des Betrages von 10,000 M. als Minderwert der cediert erhaltenen Hypothekarforderung und der Waren beansprucht. Die zweite Instanz, davon ausgehend, daß sich der Beklagte einen Vermögensvorteil verschafft habe, der in einem *auffälligen Mißverhältnisse* zu der von ihm gemachten Leistung stehe und der Kläger sich bei Aufnahme des Darlehns in einer *Notlage befunden habe*, verurteilte den Beklagten zur Herausgabe von 3000 M. Die Revision wurde abgewiesen und hat das O. L. G. von Bayern in seinen Erwägungen ausgeführt, daß eine *Risikoprämie* nach dem Grade der Sicherheit zu bemessen sei, die der Schuldner in seinen bürgerlichen und finanziellen Verhältnissen dem Gläubiger betreffs der gehörigen Erfüllung aller Vertragspflichten darbietet. ***Als einen Vermögensnachteil müsse mit Recht auch erachtet werden die Verschreibung einer höhern Summe als der wirklich gezahlten Darlehenssumme.*** Das was der Schuldner erhalten, beträgt eine geringere Summe als die die er verzinsen und seiner Zeit heimzahlen muß.

Als weitere strafbare Regeln, heißt es weiter, unter welchen Wucher dagegen nicht anzunehmen sei, könne namentlich ***nicht*** in Betracht fallen, wenn es dem bedrängten Schuldner nach seiner Situation vielleicht möglich gewesen wäre, sich anderweit zu billigeren Bedingungen Kredit zu verschaffen, ebensowenig sei es für die den Begriff des Wuchers bildende Ausbeutung der Notlage von Einfluß, ob das gewährte Darlehn das augenblickliche Bedürfnis übersteige oder nicht. (Vide bezüglich dieses letztern Entscheides Seufferts Archiv N. F., Band 19, pag. 405 u. ff.)

Digitized by Google

Von den reichsgerichtlichen Entscheidungen bezüglich des Tatbestands des Wuchers können hier genannt werden:

Urteil in Band 3, pag. 218 ff. Dort erfolgte ebenfalls die Freisprechung der Eheleute H. von der Anklage auf Wucher. Das Gesetz verweist den Richter in Beachtung der mannigfachen Gestaltungen des Verkehrslebens auf entsprechende Berücksichtigung der Natur des Einzelfalles und bezeichnet nur denjenigen als Wucherer, der für ein Darlehn 1. unter Ausbeutung, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines andern, 2. Vermögensvorteile sich oder einem andern versprechen oder gewähren läßt, welche 3. den üblichen Zinsfuß überschreiten und zwar 4. dergestalt, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen. ***Der Mangel eines dieser gehäuften Begriffserfordernisse begründet daher selbstredend die Freisprechung von der Anklage des Wuchers.***

Also auch hier notwendiges Erfordernis zum Tatbestand des Wuchers kumulatives Vorhandensein aller Tatbestandsmerkmale.

Urteil in Band 4, pag. 392: Mißverhältnis zwischen dem gewährten Vorteile und der Leistung des Gläubigers ist zunächst wesentlich eine Tatfrage; die vorgeschriebene Berücksichtigung des Einzelfalles und die Feststellung eines auffallenden Mißverhältnisses kann eben nur auf Grund der konkreten tatsächlichen Verhältnisse erfolgen. In vorliegender Sache hat der Richter angenommen, daß die vom Angeschuldigten geforderten 60—98 Prozent unter den gegebenen Umständen in einem auffallenden Mißverhältnis zu der Leistung des Angeklagten stehen. Dieses Urteil des Landgerichts Güstrow wurde vom Reichsgericht bestätigt, d. h. die materielle Rüge abgewiesen und dadurch dokumentiert, daß unter den Begriff des auffallenden Missverhältnisses bedeutend höhere Diskontosätze fallen, als es bei Stucker der Fall ist.

Auch ein Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 16. März 1903 verdient hier noch Erwähnung. Dort wurden nämlich die Agenten *Saguol* und *Metzger* des gewerbsmäßigen Wuchers schuldig erklärt und zu Freiheitsstrafe verurteilt. Mit Recht nahm damals das Gericht an, es liege gewerbsmäßiger Wucher vor, indem die beiden, um einen großen Vorrat an Gaaolin, ein Verdichtungsmittel für Veloreifen, das sich nicht in allen Teilen bewährte, besser

Digitized by Google

absetzen zu können, bedrängten Personen Gelddarlehn gewährten, mit der Bedingung, an Zahlungsstatt Gaaolin anzunehmen. So erhielt ein Pferdehalter für ein Darlehn von 5000 Fr. in bar nur 3775 Fr., und nach Abzug eines Jahreszinses à 6% und einer Provision von 3% für den Resten einen Bezugsschein für 400 Flaschen Gaaolin. Ein anderer Schuldner erhielt auf einen Wechsel von 3000 Fr. in bar 2000 Fr. und für 1000 Fr. Gaaolin, u. s. w. Das gleiche Gericht sprach dann in der nämlichen Prozedur verschiedene Angeschuldigte von der Anklage auf Wucher frei, davon ausgehend, es liege eine strafbare Handlung nicht vor, wenn z. B. auf einem Wechsel von 2000 Fr., fällig nach 3 Monaten, ein Einschlag von 160 Fr. verlangt worden sei, namentlich mit Rücksicht auf die Umständlichkeiten, die mit einem derartigen Geschäfte verknüpft sind und da eine absolute Sicherheit nicht sei vorhanden gewesen. In gleicher Weise wurde argumentiert in einem Falle, wo der Schuldner dem Darlehnsgeber aus freien Stücken für ein Darlehn von 4000 Fr. einen Einschlag von 700 Fr. offerierte, mit der Erklärung, durch diese Darlehnsbewilligung habe er mit der Geschäftsvergrößerung Vorteile erzielt, wobei ein Einschlag von 700 Fr. nicht in Betracht komme. Das gleiche Gericht bezeichnet es in der Prozedur als nicht übermäßigen Vermögensvorteil, wenn der Gläubiger vom Schuldner 6% Zins und 2% Kommission verlangt.

Beachtung verdient auch noch ein Urteil der III. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Oktober 1902, wodurch der Zahnarzt ***Heinrich Krattiger*** wegen Wucher zu 14 Tagen Gefängnis und 200 Fr. Buße verurteilt wurde. Derselbe ließ sich von einem minderjährigen Seidenwebschüler, Ernst Großmann, der Schulden gemacht hatte, die er zu Hause zu verheimlichen wünschte, ein Obligo mit Faustpfandbescheinigung unterschreiben im Betrage von 900 Fr. Das Faustpfand bestund in einer Obligation von 1000 Fr., die er sich zur Sicherheit zedieren ließ. Krattiger händigte dann dem Großmann nur 500 Fr. aus, stellte ihm weitere 300 Fr. in Aussicht und 100 Fr. verrechnete er als Provision. Durch dieses Darlehnsgeschäft ließ sich Krattiger zweifellos Vermögensvorteile versprechen, welche zu seiner Leistung und seinem Risiko in auffälligem Mißverhältnis stunden, wobei er noch den Leichtsinn, die Unerfahrenheit eines Minderjährigen ausnutzte. Zum Schlusse sei noch das Referat des Dr. Weibel in Luzern: ***Die recht-***

Digitized by Google

liche Behandlung des Wuchers, erwähnt, enthalten in den Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins, 1884. Hieraus verdienen namentlich die Ausführungen des Engländers Jeremias Beutham, Beachtung, der den Wucher, d. h. die volle Zinsfreiheit verteidigt und dort behauptet, man könne den Wucher weder mit Zivil- noch mit Strafgesetzen verteidigen. Den Verschwendern könne man so nicht helfen, diese verdienten auch keine Hilfe und den Dürftigen entziehe man mit der Strafgesetzgebung die Hilfe in der Not. Er erinnert namentlich auch daran, daß in einer Zeit, wo die Entwicklung der Industrie, die Ausdehnung und die Geschwindigkeit des internationalen Verkehr, der Aufschwung des Aktien-, Bank- und Börsenwesens, die schrankenloseste Freiheit des Verkehrslebens als das Universalheilmittel gegen alle wirtschaftlichen und sozialen Schäden zu feiern sei.

Gelangt nun das Gericht dazu, die Angeschuldigten von der Anklage auf gewerbsmäßigen Wucher freizusprechen, so ist es dann umso eher in der Lage, die Widerhandlung gegen Art. 33 des Wuchergesetzes zu bejahen, wonach Stucker in verschiedenen Fällen hohe Ansätze von seinen Schuldnern forderte, die nach den Umständen des einzelnen Falles nicht gerechtfertigt erscheinen.

Dabei soll der Umstand, daß Stucker seine Zinsbedingungen im Geschäftslokale nicht angeschlagen hatte, vollständig außer acht fallen.

Bernische Administrativjustiz-Entscheide aus dem Jahre 1908.

Referent: Notar *J. Fellmann*, Bern.

12. Grundbuchführung, Selbstkontrahieren des Stellvertreters. Der Amtsschreiber darf eine Pfandobligation, in welcher der Vertreter des schuldnerischen Vereins gleichzeitig als Gläubiger figuriert, nicht zur grundbuchlichen Behandlung annehmen.

Der im Handelsregister eingetragene römisch-katholische Kultusverein von B. stellte eine Pfandobligation aus, bei deren Errichtung Präsident, Kassier und Sekretär als statutengemäße Vertreter des schuldnerischen Vereins mitwirkten. In der Pfandobligation war unter den Gläubigern auch der Name des Präsidenten des Vereins, H. L., auf-

Digitized by Google

geführt. Der Amtsschreiber von X. lehnte die Annahme dieser Pfandobligation ab, weil der eine Vertreter des Schuldners gleichzeitig auch Gläubiger eines Teilbetrages der Schuldsumme sei. Die Justizdirektion hat die Weigerung des Amtsschreibers gutgeheißen gestützt auf folgende

Erwägungen:

Die Schwierigkeit im vorliegenden Falle liegt u. E. weniger in einer Interessenkollision als vielmehr in der Beantwortung der Frage, ob infolge der Identität des einten Vertreters der Schuldnerin mit dem einten Teilgläubiger ein Vertrag zustandegekommen ist oder nicht. Es bedingt nämlich ein nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 8. August 1849 zu errichtendes Pfandgeschäft offenbar ein entsprechendes Handeln sowohl seitens des Schuldners, als seitens des Gläubigers; dasselbe ist also ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und als solches ein Vertrag (vergl Wächter, Pandekten, I 360). Nach allgemeiner Anschauung gehört zu den wesentlichen Merkmalen eines Vertrages eine wechselseitige Willenserklärung und Willenseinigung wenigstens zweier Personen. Die Möglichkeit, in Vertretung eines andern Beteiligten mit sich selbst einen Vertrag abzuschließen, wird deshalb — weil „unnatürlich", durch das Wesen des Vertrages ausgeschlossen, — in der Doktrin vielfach bestritten (vergl. Regelsberger, Pandekten, I/545; Leuenberger, Vorlesungen, III 551; Haberstich, Handbuch des O. R. II/204). Wo die Möglichkeit des Selbstkontrahierens des Stellvertreters zugestanden wird, geschieht dies sowohl in der Doktrin, wie in der Praxis, nicht grundsätzlich, sondern nur ausnahmsweise (vide Rümelin, das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht; dazu Eck, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 39, pag. 263 ff., insbesondere 273). Wo daher in der Gesetzgebung die Wirksamkeit des Selbstkontrahierens nicht unmittelbar angeordnet ist, oder sich als Konsequenz aus andern Bestimmungen ergibt, wird die Zulässigkeit des Vertragsabschlusses mit sich selbst in Abrede zu stellen sein (vergl. Rümelin, pag. 17).

Im bernischen Recht dürfte ein Fall, aus dem die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Stellvertreters abgeleitet werden könnte, kaum aufzufinden sein. Aus der Bestimmung der Satz. 162 C. G., daß zur Gültigkeit eines Vertrages, den der Vater oder die Mutter mit einem unter

Digitized by Google

ihrer Gewalt stehenden Kinde abschliessen, das letztere durch einen außerordentlichen Beistand vertreten werden müsse, kann im Gegenteil der Schluß gezogen werden, daß das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nicht zugelassen werden wollte. Daß die Ursache dieser Vorschrift nicht ausschließlich in der Interessenkollision zu suchen ist, ergibt sich deutlich daraus, daß die Bestimmung ausnahmlos für alle Verträge zwischen Eltern und Kind, also auch für diejenigen wo die Interessen des letztern nicht gefährdet sind, gilt. Uebrigens erscheint jeder Zweifel hierüber durch die Anmerkung in Schnells Kommentar zu Satz. 162 C. G. beseitigs. Derselbe erklärt die Vorschrift einzig damit, daß niemand mit sich selbst einen Vertrag schließen könne. Auch die Satz. 233 u. 325 C. G. scheinen dieser Ueberlegung entsprungen su sein (vergl. Schnell, Anmerkung zu Satz. 325 C. G). Ferner kann die Satz. 269 C. G. insoweit als dem Vormund die Anhandnahme als Darlehen des baren Geldes des Pflegebefohlenen verboten ist, zum Beweise dafür, daß dem Selbstkontrahieren im bernischen Recht kein Platz eingeräumt werden wollte, herangezogen werden.

Nun frägt es sich aber, ob allfällig das Obligationenrecht, welches für Verträge die unter das kantonale Recht fallen, als ergänzendes Gesetz gilt, hierin eine Aenderung gebracht habe. Es ist dies nicht anzunehmen. Allerdings schließt das O. R. die Möglichkeit des Selbstkontrahierens nicht ausdrücklich aus, jedoch stellt dasselbe als Erfordernis eines Vertragsabschlusses die übereinstimmende *gegenseitige Willensäußerung* der Parteien auf (Art. 1 O. R.; vergl. den französischen Text: il n'y a contrat que ....) Beim Selbstkontrahieren ist dieses Vertragsmerkmal nicht vorhanden; es kann hiebei nicht von einem zweiseitigen Rechtsgeschäft gesprochen werden. Einseitige Rechtsgeschäfte aber nennt unser O. R. nicht als Entstehungsgründe von Obligationen und es ist deshalb höchst fraglich, ob denselben gleiche Wirkungen, wie sie Verträge hervorbringen, beigemessen werden können. Der Selbsteintritt des Kommissionärs (Art. 444 O. R.) kann nicht als ein Fall des Selbstkontrahierens des Stellvertreters angesehen werden. Der Kommissionär handelt in seinem eigenen Namen, nicht zugleich in demjenigen des Kommittenten, wenngleich für dessen Rechnung. Dieser Selbsteintritt ist eine *besondere Art der Ausführung des Kommissionsauftrags* (Puchelt, Deutsches Handelsgesetzbuch, Bd. II/1116).

Digitized by Google

Im vorliegenden Falle tritt Herr H. L. ausdrücklich in der Eigenschaft als Präsident des römisch-katholischen Kultusvereins auf und bringt den Willen dieses letztern zum Ausdruck. Da er nun aber nach allgemeinen Grundsätzen des Vertrages nicht mit sich selbst kontrahieren kann, so fehlt es, soweit ihn betreffend, an einem Gegenkontrahenten; mangels eines solchen kann aber ein Vertrag nicht zustande kommen, und es erscheint nach den vorstehenden Ausführungen als höchst fraglich, ob das einseitige Rechtsgeschäft nun gleichwohl Vertragswirkungen hervorzubringen vermag. Allerdings steht die Entscheidung hierüber im Streitfalle einzig den Gerichten zu. Allein der Grundbuchführer ist gemäß § 10 des Amtsschreibereigesetzes gehalten die Notarien hinsichtlich der gesetzmäßigen Abfassung der zur Einschreibung in die öffentlichen Bücher bestimmten Urkunden strenge zu überwachen, und von diesem Gesichtspunkt aus muß ihm auch die Befugnis zugestanden werden, zu prüfen, ob ein Geschäft, das nur als *Vertrag* zur grundbücherlichen Behandlung gelangen kann, den allgemeinen Erfordernissen eines Vertrages genügt oder nicht. Da von dem vorliegenden Geschäft nicht behauptet werden kann, daß es seinen Rückhalt im Gesetze finde, so kann dasselbe auch nicht als gesetzmäßig abgefaßt gelten. Die Weigerung des Amtsschreibers, dasselbe zur grundbücherlichen Behandlung anzunehmen, muß deshalb hierseits gutgeheißen werden.

(Justizdirektion an das Regierungsstatthalteramt Bern. 24. April 1908.)

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

Rechtsnatur des Schiedseides.

In der Theorie besteht Streit über die Zulässigkeit des Widerrufs der Eideszuschiebung. Nach *Schmidt* (Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage) ist nach der deutschen Z. P. O. dieser Streit gegenstandslos, indem das Gericht den Eid auf Grund der Zuschiebung desselben zur Feststellung einer Tatsache *nur* aushülfsweise und nur im Fall der Not verwerten dürfe. Es ist daher nach der Z. P. O., ehe das Gericht über eine Eideszuschiebung ent-

Digitized by Google

scheidet, erst die genaue Prüfung der *Verteilung* der Beweislast erforderlich.

Schmidt sagt, ein Interesse des Deferenten am Widerruf könnte nur existieren, wenn auch die Eideszuschiebung der *nicht* beweispflichtigen Partei an sich beachtlich wäre.

Diese Auffassung des Schiedseides dürfte der Vergleichsnatur dieses Beweismittels durchaus entsprechen.

Das Obergericht hat nun in Präjudiz vom 1. September 1875 erklärt, daß bei Rückzug des Eides ein Eintreten auf die Qualifikation der vom Delaten bereits abgegebenen Erklärung im gegenwärtigen Stadium des Prozesses nicht statthaft sei, indem ein daheriger Entscheid die Frage der Beweislast präjudizieren würde, in unserm luzernischen Prozeßrecht aber das gemeinrechtliche Beweisinterlokut keine Geltung habe, der Richter vielmehr die juristische Natur der fraglichen Erklärung erst beim Endurteil zu würdigen habe. In Präjudiz Nr. 45 vom 14. Mai 1881 nahm das Obergericht schon beim Eidesentscheid die Fixierung der Beweislast vor.

In vorliegendem Fall hat man nun diese bisanhin über den Rückzug des Eides geltende Controverse in dem Sinne festgelegt, daß der Rückzug des einmal deferierten Schiedseides frei geschehen soll, jedoch mit der Wirkung, daß die auf den Eidessatz abgegebene Erklärung dem *geschwornen Eid gleich zu achten sei.*

Delat hat also in Zukunft bei Rückzug des Eides auch nicht mehr darauf zu dringen, daß er den zugeschobenen Eid schwören kann, wie dies noch im Präjudiz vom 15. Mai 1868 (Dr. Sigrist, Maximen Nr. 577) verlangt wurde. Kann es dann aber nicht vorkommen, daß derart an Eidesstatt abgegebene Erklärungen über ganz unerhebliche Punkte, oder von einer Partei, über Punkte, bezüglich welcher sie gar nicht beweispflichtig war, abgegeben werden? Kann eine solche Praxis, wo die Beweislast weder durch Beweisinterlokut nach im Endurteil normiert wird, der Natur des Eides entsprechen? Die wesentliche Abänderung, die durch vorliegendes Urteil in der Eidespraxis geschaffen wurde, liegt eben darin, daß früher die Erklärung im Endurteil nach den Grundsätzen der Beweislast gewürdigt werden konnte, eine nun aber mit Eideswirkung abgegebene Erklärung eine derartige Regulierung nicht mehr erträgt.

Obergericht, 4. Juni 1908. Volksbank Ruswil ctr. Ottiger & Scherer.

Digitized by Google

Versäumnisverfahren beim Nichterscheinen einer schwurpflichtigen Partei.

Der vorher mitgeteilte Entscheid über das Verfahren bei der Eideszuschiebung erhält eine um so größere prozessualische Bedeutung, als kurz nachher das Obergericht entschied, daß eine Partei, welcher der Schieds- oder Editionseid deferiert worden und in der Tagfahrt nicht erschienen oder bei der Verhandlung unentschuldigt sich entfernt habe, auch ohne jede in der Zitation enthaltene Androhung einer *Präclusion* die Folgen der *Verwirkung* zu tragen habe.

Das Gegenteil ist nach allgemein prozessualischen Grundsätzen in der deutschen Zivilprozeß-O. normiert. Nach § 430 C. P. O. ist nämlich, wenn der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termin nicht erscheint, auf Antrag ein *Versäumnisurteil* dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei, es kann sich hier aber der Vergleichsnatur des Eides gemäß niemals um ein Versäumniszwischenurteil, sondern nur um ein *Versäumnisendurteil handeln.* (Vgl. *Schmidt*, Zivilprozeß, S. 731 und diese Zeitschrift, 41. Bd., S. 340.)

Obergericht, 9. Juni 1908. Alfred Fellmann, Mönthal ctr. Joh. Kurzmeier, Roppliswil.

Corrigenda. Auf Seite 374, Z. 3 v. u. ist statt „aber Fr. 300 nicht" zu lesen „aber nicht Fr. 300".

Auf Seite 380, Z. 14 v. o. soll es statt „wen" „wenn" heissen.

Auf Seite 384, Z. 5 v. o. lies statt „objektive" „objektiven".

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **9. Heft** **September 1908**

Zur Geschichte des Minorates und der Majorate im alten Bern

von Dr. *L. S. v. Tscharner.*

Mit dem Namen „*Majorat*“, resp. „*Minorat*“, werden zwei ihrer Art nach durchaus verschiedene Begriffe bezeichnet. Majorat oder Minorat nennt man einerseits das Prinzip, *daß einem Kinde gestützt auf seine Erstgeburt oder Jüngstgeburt seinen Geschwistern gegenüber ein gesetzliches Privileg auf gewisse durch das Gesetz bestimmte Objekte der elterlichen Verlassenschaft zustehen soll.* Anderseits — und zwar ist dies der landläufige Sinn des Wortes — bedeutet Majorat oder Minorat *eine durch besondere Spezialverfügung statuierte Individualsukzession im Besitz und Genuß gewisser entweder zu gunsten des jeweiligen Vertreters der ältesten oder der jüngsten Linie einer Familie im agnatischen Sinn bestimmter Vermögensobjekte,* die selber wieder durch den Sprachgebrauch als „Majorat“ oder „Minorat“ bezeichnet zu werden pflegen.

Majorate und Minorate in der *erstangeführten* Bedeutung des Wortes kommen in den Gesetzgebungen nicht häufig vor. Solcher Privilege teilhaftig sind regelmäßig immer nur Söhne. Eine Bevorzugung des ältesten Sohnes gegenüber seinen Brüdern in der Beerbung des väterlichen Nachlasses hat das bernische Recht nie gekannt, wohl aber eine solche des *jüngsten* Sohnes, indem es diesem seit altersher das Vorrecht gibt, in der Teilung der väterlichen Verlassenschaft

Digitized by Google

sowohl mit der Mutter und mit seinen Geschwistern, als auch mit den letzteren allein, das väterliche Säßhaus und Hof um einen bestimmten Schatzungspreis an sich zu ziehen.

Dieses Privileg des jüngsten Sohnes ist eine sehr alte Eigentümlichkeit des bernischen Stadtrechts und wurde schon in die Stadtsatzung von 1539 aufgenommen. Mit großer Ueberzeugung und Ausführlichkeit behauptet alt Oberrichter *Kernen* in seiner Abhandlung „Ueber das Vorrecht des jüngsten Sohnes" in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. VIII, pag. 2 ff., es hätten Schultheiß, Rät und Burger dieses Institut als „alte Harkommenheit" am Freitag vor U.-Frauentag zu Lichtmeß 1316 in das Stadtrecht aufgenommen. Die diesbezügliche Eintragung im Satzungenbuch von Bern (abgedruckt in den Fontes rerum bernensium Bd. IV, Nr. 642 und in Dr. E. Weltis Rechtsquellen des Kantons Bern, erster Teil, Stadtrechte, pag. 76) ist betitelt „Zwen so gemein gut, wie die einandren teils gestatten söllent" und hat lediglich die Auflösung von Miteigentumsverhältnissen zum Gegenstand. Von diesem Vorrecht des jüngsten Sohnes oder überhaupt von Erbschaftsteilungen steht aber darin kein Wort, so daß die Behauptungen *Kernens* (Zeitschr. VIII pag. 2, 3 und 4) als rein aus der Luft gegriffen bezeichnet werden müssen! Wie *Leuenberger* in seinen Studien über bernische Rechtsgeschichte pag. 336 ganz richtig bemerkt, findet sich die fragliche Bestimmung, allerdings als „Bruch und Altharkomenheitt", zum ersten Mal in der Stadtsatzung von 1539 erwähnt (vergl. Welti, pag. 283 und 294). Auch die Gerichtssatzung von 1615 (pag. 138 a), sowie diejenige von 1761 (pag. 174) verordnen, daß dem jüngsten Sohn seines Vaters hinterlassenes Säßhaus und Hof um billige Schatzung zukommen solle, wenn er oder seine Vögte es begehrten. In der letztgenannten Gerichtssatzung wurde dieses Vorrecht sogar auf die Töchter eines vorabgestorbenen jüngsten Sohnes ausgedehnt und diesen überhaupt ein Repräsentationsrecht auch in bezug auf die übrigen höchstpersönlichen Erbschaftsrechte ihres Vaters (nämlich seinen Schwestern gegenüber) eingeräumt (Ger. Satzg. von 1761, pag. 157). In Satzung 545 bestätigte auch das Civilgesetzbuch von 1827 diese Bestimmung und dürfte das Vorrecht des jüngsten Sohnes sogar unbewußterweise erweitert haben, indem es als Gegenstand desselben das Wohnhaus oder den Hof der *Eltern* bezeichnet. Der frühere Ausdruck „um *billige* Schatzung" wurde durch „*gerichtliche* Schatzung"

Digitized by Google

ersetzt; das 1761 statuierte Einstandsrecht der Töchter des jüngsten Sohnes aber aufgehoben und sein Vorrecht als höchstpersönliches und unübertragbares Privileg festgesetzt.

Ueber die Wirkung dieses „Minorates" auf die Dispositionsgewalt des Vaters und die Art der Geltendmachung dieses Vorrechts haben sowohl *Kernen* in seiner obangeführten Abhandlung als auch *Leuenberger* in seinen Vorlesungen über bernisches Privatrecht II/3, pag. 586 ff. ziemlich erschöpfende Untersuchungen vorgenommen. Woher dieses Institut stammt, läßt sich kaum mehr feststellen; in die späteren bernischen Gesetzgebungen wurde es jedenfalls nicht so sehr in der Absicht, den jüngsten Sohn den älteren gegenüber wirklich privilegieren zu wollen, als vielmehr als administrative und ökonomische Maßregel gegen die Verstückelung der Bauerngüter und dadurch entstehende Verarmung der Landbevölkerung aufgenommen. Daß gerade dem *jüngsten* Sohn ein Vorrecht auf das väterliche Anwesen erteilt wurde, erklärt sich zum großen Teil sicherlich dadurch, daß die älteren Söhne in der Regel noch zu Lebzeiten der Eltern durch Heirat ihren eigenen Hausstand und ihre eigene Wirtschaft gründeten, wozu sie von den Eltern entsprechend ausgesteuert und oft auch mit einem Teil ihres zukünftigen Erbes zum Voraus abgefunden wurden, der jüngste Sohn aber meistens seinen alternden Eltern in der Führung ihrer Wirtschaft beistand und vor ihrem Ableben nicht dazu kam, sich einen eigenen Hausstand zu errichten. So gut sich das Minorat für bäuerliche Verhältnisse verstehen läßt, so schwer ist seine Berechtigung für städtische Verhältnisse darzutun. Denn für solche sind in erster Linie die bernischen Stadtsatzungen berechnet; noch im XVI. Jahrhundert war ihr räumliches Geltungsgebiet außerhalb der Stadt ein ziemlich beschränktes und umfaßte im Großen und Ganzen nur die vier Landgerichte, indem die übrigen Landesteile ihre besonderen Statutarrechte besaßen. In mehreren derselben findet sich das Minorat schon frühzeitig erwähnt, so im Amt Schenkenberg 1539, im Emmental 1559, in Aarau 1573 und in Biel 1615; endlich auch 1747 im Obersimmental (vergl. Leuenberger, Vorlesungen über bern. Privatrecht II/3, pag. 590). Sehr wahrscheinlich gab man sich bei der Aufnahme dieses Privileges des jüngsten Sohnes als „alte Harkommenheit", die in der zum großen Teil aus ehemaligen *bäuerlichen* Elementen bestehenden Stadtbevölkerung fortlebte, in die Stadtsatzung von 1539 nicht mehr Rechenschaft über seinen ursprüng-

Digitized by Google

lichen Zweck; als sich aber mit der Zeit allerlei damit verbundene allgemeine wirtschaftliche und administrative Vorteile zeigten, trug man kein Bedenken, es als altüberlieferte Rechtsnorm auch in der für die Stadt *und Landschaft* erlassenen Gerichtssatzung von 1761 zu bestätigen.

In der Stadt selber kam der Grundsatz, daß der jüngste Sohn ein Vorrecht auf das väterliche Säßhaus haben solle, nachdem er einmal in der Stadtsatzung verurkundet war, fast bei allen Erbfällen zur Anwendung. So vererbte sich z. B. das jetzige Haus Nr. 59 an der Junkerngasse, welches zirka 1529—1838 der Familie *Frisching* gehörte, von 1559 bis 1780 immer auf den jüngsten Sohn; zu zweien Malen trat bei Kinderlosigkeit desselben Collateralbeerbung durch den zweitjüngsten ein. Als die jüngere Linie der Familie 1780 im Mannesstande ausstarb, brachte es die Erbtochter derselben an ihren Ehemann, der aus der älteren Linie des Geschlechtes stammte. Auch beim Haus Nr. 72 an der Kramgasse, welches sich von 1514—1640 in der Familie *Manuel* vererbte, läßt sich in der Sukzession der Besitzer deutlich das Minoratsprinzip erkennen; ebenfalls beim Haus Nr. 40 c an der nämlichen Gasse, welches von zirka 1566—1691 Eigentum der Familie *Willading* war. Das Haus Nr. 25 an der Junkerngasse, welches sich von 1612—1856 im Besitz der Familie *Tscharner* befand und sich stets vom Vater auf den Sohn vererbte, ging in den drei ersten Generationen auch immer auf den jüngsten Sohn über; in den darauffolgenden Generationen kann von einem Minorat nicht mehr gesprochen werden, da in diesen stets nur *ein* Sohn vorhanden war. Auch in der Erbfolge der Besitzer der vormaligen Bubenberghäuser an der Junkerngasse, die an Stelle des 1752 erbauten Erlacherhofes standen und seit 1516 der Familie *v. Erlach* gehörten, dokumentiert sich das Privileg des Jüngstgebornen, kommt aber im Vergleich zu den vorher angeführten Beispielen nicht so prägnant zum Ausdruck, da öfters Kinderlosigkeit und mit derselben testamentarische Verfügungen eintraten. Es ließen sich noch verschiedene andere Beispiele anführen; was aber eine genauere Statistik erschwert, ist der Umstand, daß in Bern von jeher die Häuser ungemein häufig durch Verkauf und Tausch ihre Besitzer wechselten und sich relativ nur bei sehr wenigen ein längerer Besitz seitens der gleichen Familie nachweisen läßt.

Immer aber erstreckte sich das Vorrecht des jüngsten Sohnes nur auf das *Stadthaus* seines Vaters. Nur dieses war

Digitized by Google

das *Säßhaus* des Bernburgers, auf welches er in älterer Zeit seinen „*Udel*“ verzeigte; ein außerhalb der Stadtmauern gelegenes Wohngebäude, auch wenn die Familie daselbst ihren gewöhnlichen Wohnsitz hatte, wurde nie als das „Säßhaus“ derselben angesehen. Ein gesetzliches Vorrecht auf eine Herrschaft, ein Schloß oder einen Landsitz, den sein Vater besessen und bewohnt hatte, stand dem Jüngstgebornen aus burgerlichem Geschlecht niemals zu. Die bernischen Herrschaften und Schlösser vererbten sich regelmäßig auf den *ältesten* Sohn; besaß ein Vater mehrere Herrschaften oder Landgüter, so erbte fast immer der älteste Sohn diejenige, welche sich am längsten in der Familie befand. Teilungen von Herrschaften kamen vom XVI. Jahrhundert an sehr selten vor; öfters lassen sich durch Erbschaft entstandene Indivisionsverhältnisse nachweisen, die aber meist ziemlich bald durch Auskauf seitens eines Teiles beendigt wurden. Durch Testament pflegte übrigens fast immer die Erbfolge zum Voraus geregelt zu werden, wobei bei einer Mehrheit von Söhnen der Erblasser regelmäßig jedem derselben einen bestimmten Teil seiner Liegenschaften und Grundgerechtigkeiten zu einem von ihm fixierten Schatzungspreis überband. Durch Gewohnheit und Uebung entstand dem *Minorat* auf das *Säßhaus* gegenüber mehr und mehr ein *Majorat* auf den väterlichen *Landsitz* und in noch größerem Maße auf die angestammte *Familienherrschaft. Einen gesetzlichen Anspruch hatte freilich der älteste Sohn auf dieselben nicht;* prinzipiell hatten alle Söhne das gleiche Recht darauf. Wenn aber nicht besondere Umstände obwalteten, folgte, wie schon angeführt, regelmäßig der *älteste* Sohn dem Vater in den Besitz derselben. Am besten läßt sich dies bezüglich der Herrschaft *Toffen* in der Familie *v. Werdt,* der Herrschaften *Diesbach* und *Belp* bei der Familie *v. Wattenwyl,* der Herrschaften *Burgistein* und *Worb* bei der Familie *v. Graffenried* nachweisen. Ein Ausnahmefall liegt bezüglich der Herrschaft *Burgistein* während ihres Besitzes durch die Familie *v. Wattenwyl* von zirka 1500 bis 1717 vor: regelmäßig folgte einer der jüngeren Söhne seinem Vater als Herrschaftsherr daselbst. Wie bei den Stadthäusern, ist bei den Schlössern und Herrschaften eine einigermaßen erschöpfende Statistik ebenfalls ziemlich schwierig, indem viele derselben, wie namentlich *Bremgarten, Kehrsatz, Bümplitz* u. a. m. selten mehr als eine Generation in der nämlichen Familie verbleiben, bei andern aber, wie

Digitized by Google

Münchenwyler, Utzigen und *Hindelbank* während der ziemlich langen Dauer ihres Besitzes durch die *v. Graffenried, Daxelhofer* und *v. Erlach* fast immer in jeder Generation des betreffenden Zweiges dieser Geschlechter nur ein einziger Sohn vorhanden war.

Das Bestreben, eine Herrschaft oder eine sonstige größere Liegenschaft möglichst lange in der Familie und seinem Namen zu erhalten, machte sich in Bern besonders vom XVII. Jahrhundert an geltend. Infolge der um die Mitte desselben erfolgten Trennung der Stadtbewohner in „regimentsfähige" Geschlechter (welche ihrerseits wieder in faktisch regierende und nichtregierende zerfielen) und „Habitanten" oder „ewige Einwohner", nahm bei den Familien der erstgenannten Klasse das Solidaritätsgefühl unter sich immer mehr zu. Die einzelne „Familie", die Gesamtheit der Träger des gleichen Namens und Wappens, bildete, sofern sie zu den wirklich „regierenden" gehörte, eine kleine Macht im Staate, welche zu vergrößern und zu befestigen sich ihre Angehörigen besonders angelegen sein ließen. Zur Förderung des materiellen Wohlstandes ihrer Mitglieder wurden in vielen Familien Stiftungen, sogen. „*Geschlechts- oder Familienkisten*" und durch testamentarische Verfügungen und Substitutionen *Fideikommisse*, und zwar meistens als „*Majorate*" in des Wortes zweiter Bedeutung errichtet. Ueber testamentarische Substitutionen enthielt die bernische Gesetzgebung keinerlei Bestimmungen, auch die Gerichtssatzung von 1761 berührte diesen Punkt nicht; bis ins Unendliche waren solche gebräuchlich und stillschweigend zugelassen. Regelmäßig hatten sie langwierige Prozesse zur Folge und schließlich kam auch die Regierung zur Erkenntnis, daß die Errichtung solcher Stamm- und Familiengüter, die ihrer Bestimmung nach unveräußerlich waren, sowie auch allzugroßer Familienkisten allerlei schädliche Folgen nach sich ziehe. Schon am 21. November 1740 wurde daher eine „Verordnung bezüglich der Geschlechtskisten" erlassen, welche „zur Beybehaltung burgerlicher Gleichheit" diesen Stiftungen den Ankauf jeglicher liegender Güter, Herrschaften, Grundgerechtigkeiten und Lehen untersagte und ihren Maximalbetrag auf 200,000 Pfund festsetzte. Zugleich wurde den Familienkisten anbefohlen, Liegenschaften, die ihnen erbs- oder geltstagsweise anfallen würden, innert vier Jahren zu veräußern; solche, die schon Immobilien besaßen, sollten

Digitized by Google

ein Inventar davon anfertigen und dieses dem geheimen Rate behufs ihrer ferneren Beibehaltung vorweisen. Innerhalb der durch diese Verordnung gezogenen Schranken blieben aber Fideikommisse und Majorate vorderhand immer noch gestattet; auch konnten Familiengüter derart gegründet werden, daß Liegenschaften als unveräußerliches Eigentum dem ersten Fideikommissar und Fiduziar (und nicht der Familienkiste als solcher) vermacht wurden, auf welchen dann naturgemäß der zunächst substituierte ganz von selber die nötige Kontrolle und Aufsicht ausübte — ein Umstand, der aber auch wieder manchen Prozeß verursachte. Allein auch diesen Verfügungen, deren nachteilige Wirkungen sich immer mehr fühlbar machten, wurde endlich durch die „Verordnung wegen der Substitutionen“ vom 20. März 1771 ein Ende bereitet. „Aus Anlaß der von verschiedenen Testatoren zu weit ausgedehnten Substitutionen, errichteten Stamm-Gütern und Fideikommissen“ erließen Schultheiß und Räte der Stadt und Republik Bern diese Ordnung, laut welcher ausdrücklich von nun an nur noch eine einfache und eine zweifache Nacherbenseinsetzung zugelassen sein sollte, unter Verbot und Ungültigkeitserklärung aller ferneren Substitutionen, wie auch aller „Fideikommissen, Stamm-Güter oder übrige Machenschaften, dadurch jemand testamentlich oder anders über sein Vermögen etwas dergleichen zu verfügen sich anmaßen würde, mit Vorbehalt allein der Geschlechtskisten, derenthalb eine besondere Verordnung vorhanden ist.“ Damit war nun auch die Errichtung von Majoraten untersagt.

(Schluß folgt.)

Obergerichtspräsident R. Leuenberger †

Grabrede von Oberrichter F. Büzberger.

Geehrte Trauerversammlung!

Es ist mir von dem Obergerichte der ebenso ehrenvolle als schmerzliche Auftrag zu teil geworden, seinem hochverdienten und verehrten Präsidenten, Dr. jur. Rudolf Leuenberger, den Scheidegruß zu widmen.

Auf dem Felde der Ehre, zeitlebens unter dem aufgerollten Panner der Gerechtigkeit streitend, hat der greise Kämpe nur vor der Majestät des Todes sein Visier gesenkt.

Digitized by Google

Den Verlust kann, nach seinen Familienangehörigen, niemand tiefer und schmerzlicher empfinden als die Genossen, die unter seiner Leitung, Schulter an Schulter, mit ihm gekämpft, als die Kollegen, die in gemeinsamer Ausübung ihrer Amtspflichten in nie getrübter Harmonie mit ihm zusammen gewirkt haben.

Der Verstorbene stammt aus dem Geschlechte Leuenberger von Rüderswyl im Emmental, aus dem auch der bernische Obmann der Volkserhebung im Bauernkriege von 1653, Klaus Leuenberger von Schönholz, hervorgegangen ist. Er fühlte sich diesem wesensverwandt und seine gewissenhaften historischen Nachforschungen verbürgen mit größter Wahrscheinlichkeit auch dessen direkte Deszendenz in nicht zu fernem Grad (5).

Das tragende Pathos in Klaus Leuenberger bildeten sein Rechtsgefühl und seine Humanität.

Erst durch die Macht der Verhältnisse und den Ruf seiner Mitbürger gezwungen hatte er sich der Bewegung angeschlossen. Er stund ein für die Rechte der Landschaft und Landbevölkerung gegen ein bis zur Unerträglichkeit drückendes Regierungs- und Verwaltungssystem. Seine Rechtlichkeit bewies er in dem unablässigen loyalen Bestreben, durch gütliche Unterhandlungen den Frieden wieder herzustellen. Sein tragisches Geschick verschuldete, neben der humanen Scheu Blut zu vergießen, hauptsächlich sein rechtlicher Sinn, der ihn sich gebunden erachten ließ an dem in aller Form abgefaßten und verbrieften Friedensvertrage auf dem Murifeld vom 27. Mai 1653.

Dieser lebendige Sinn für das Recht hat sich in der Familie Leuenberger fortgeerbt.

Der Vater des Verstorbenen schon hatte sich dem Rechtsberufe als Notar, Rechtsagent und zuletzt Gerichtspräsident von Büren gewidmet.

In zweien seiner Söhne gedieh dieser Sinn zu hoher Entfaltung.

Zur höchsten allerdings in dem ältern, dem seinen Zuhörern und Bekannten unvergeßlichen Professor Dr. jur. Jakob Leuenberger, einem Juristen von ungewöhnlicher Gedankentiefe und hoher Gelehrsamkeit, den nur eine tückische Krankheit an der Erreichung der höchsten Ziele verhindert hat.

Der jüngere, unser Rudolf Leuenberger, hat im Rechtsfache von der Picke herauf gedient.

Digitized by Google

Dem Studium an den Universitäten von Bern und Heidelberg vorangehend hatte er im Bureau des Fürsprech Reichenbach in Burgdorf, eines feinen Kopfes und eleganten Juristen, Anstellung gefunden. Seine Fähigkeiten berechtigten ihn, wie er sich gerne erinnerte, bald zu selbständigeren Arbeiten.

Nach Erlangung seines Fürsprecher-Patentes am 9. März 1854 öffnete sich ihm dieses Bureau in nunmehr dominierenderer Stellung wieder.

Am 18. Mai 1860 wurde Leuenberger zum Staatsanwalt des Mittellandes gewählt.

Im Jahre 1863 kehrte er in die rechtliche Praxis zurück, indem er sich mit seinem Freunde Fürsprech Sahli in Bern vereinigte.

Am 15. Dezember 1865 erfolgte seine erste Berufung in das Obergericht, dem er schon zwei Jahre als Suppleant angehört hatte. Er war, von den Jahren 1867 und 1868 abgesehen, die er in der Kriminalkammer zubrachte, dem Appellations- und Kassationshofe zugeteilt.

Nach 8 Jahren, im Jahre 1873, nahm er seinen Austritt aus dieser Behörde und zwar in Folge des Volksentscheides, wodurch der Gesetzesentwurf, welcher eine zeitgemäße, immerhin bescheidene Erhöhung der Besoldungen der Staatsbeamten vorsah, verworfen wurde. Leuenberger war, mit seinen Kollegen, von dem demokratischen Grundsatze geleitet, daß auch in Ehrenämtern die Arbeit ihrem Werte entsprechend honoriert werden sollte, damit dieselben nicht als Privilegien der besser Situierten reserviert blieben, für das Gesetz warm eingetreten. Er allein indessen und mit ihm noch der Obergerichtsschreiber A. von Fischer haben den Mut gehabt aus ihrer Ueberzeugung die Konsequenz zu ziehen und ihrem Sessel den Rücken zu kehren, „dem Volke, das die aufopferungsvolle Arbeit des Richterstandes zu würdigen und werten verschmähte, den Bündel vor die Füße zu werfen," wie er mit Genugtuung später öfters sich drastisch auszudrücken beliebte.

Wie wichtig aber für das gemeine Wesen dieser Grundsatz, für den Leuenberger so schneidig kämpfte, in Wirklichkeit ist, erfahren wir jetzt aus dem Werke von Dr. J. J. Kummer über Bundesrat Schenk. Sah es doch auch im Jahre 1863 dieser Staatsmann, um die ökonomische Zukunft seiner eigenen damals durch Krankheit bedrohten Person sowie diejenige seiner Familie sicher zu stellen, als Ge-

Digitized by Google

bot der Notwendigkeit an, aus dem bernischen Regierungsrate zu scheiden und sich nach einem finanziell entsprechenderen Wirkungskreise umzusehen. Zum Glücke wurde durch den Rücktritt Stämpflis im Bundesrate gerade eine Stelle frei. Hätte diese Vakanz ihn nicht mehr in politischer Tätigkeit angetroffen, so wäre der Verlust Schenks als Staatsmann für die Eidgenossenschaft nicht ausgeschlossen gewesen.

Dieses Mal nun eröffnete Leuenberger in Bern ein eigenes Fürsprecherbureau, indessen schon im Jahre 1875 konnten ihn seine politischen Freunde bewegen, eine neue Wahl in das Obergericht anzunehmen, nachdem inzwischen die Besoldungsverhältnisse auf dem Budgetwege aufgebessert werden konnten.

Der Tag seiner Wiederwahl, der 16. September 1875, war zugleich derjenige seiner Ernennung zum Präsidenten des Obergerichtes. In beiden Stellungen ist er fortdauernd bestätigt worden.

Zahlen sprechen. Nicht weniger als 33 Jahre hat Rud. Leuenberger das Obergericht präsidiert, 40 Jahre im Obergericht geamtet und 44 Jahre überhaupt in öffentlichen Stellungen auf dem Gebiete der Rechtspflege gearbeitet. Ueber ein halbes Jahrhundert aber hat er sein Leben in den Dienst des Rechts gestellt.

Seit dem Eintritte Leuenbergers in das Obergericht hat sich dessen Geschäftslast nicht nur durch die Zunahme des Verkehrs und der Bevölkerung, sondern vornehmlich durch die großartige Entwicklung der Gesetzgebung auf kantonalem und eidgenössischem Gebiete, gewaltig vermehrt, während dessen Personalbestand unverändert geblieben ist. Es ergiebt sich daraus, was für eine riesige Summe von Arbeit Leuenberger zu bewältigen mitgeholfen hat.

Und damit ist seine Tätigkeit auf dem Gebiete des Rechts noch nicht erschöpft.

Am 27. April 1872 ist er in die Prüfungskommission für Fürsprecher gewählt worden und darin, bald in die Stellung des Präsidenten vorgerückt, ebenfalls bis zu seinem Tode verblieben. Es gibt wohl kaum noch einen praktizierenden bernischen Fürsprech, der nicht vor diesem gerechten, aber milden Examinatoren über das Resultat seiner Studien Rechenschaft abgelegt hätte.

Eine Zeitlang gehörte er noch der Prüfungskommission für Notare an.

Digitized by Google

Aber auch seine Feder hat Leuenberger in den Dienst des Rechts gestellt. Zum Andenken seines großen Bruders gab er dessen gesammelte Studien zur bernischen Rechtsgeschichte heraus. Er ließ sich in der Zeitschrift für bernisches Recht vernehmen. Nicht zuletzt stellt sich ein Gutachten über das Hypothekarrecht, das er im Jahre 1896 im Auftrage der bernischen Justizdirektion als Antwort auf eine der Fragen verfaßt hat, welche das eidg. Justiz- und Polizeidepartement im Interesse der Kodifikation des schweizerischen Zivilrechtes im Jahre 1893 gestellt hatte. Diesem Gutachten ward die Ehre zu teil, als Beilage zum 3. Teilentwurfe veröffentlicht zu werden. Als ein Blatt im Ehrenkranze, der den Sarg des Verstorbenen schmückt, kann ich es mir nicht versagen, das Urteil keines Geringern als des Schöpfers des eidgenössischen Zivilgesetzbuches selbst, des Herrn Professor Dr. Eug. Huber, an dieser Stelle mitzuteilen: „Diese wertvolle Mitarbeit zeigt uns den erfahrenen Praktiker, der sich mit dem geltenden Recht innig verwachsen fühlt, dennoch aber sich den Reformbedürfnissen nicht verschließt und der Vereinheitlichung des Zivilrechts mit freudigem Entschlusse hilfreich die Hand bietet."

Die langjährigen Verdienste Leuenbergers um die Praxis des bernischen Rechtes hat um dieselbe Zeit, als er das besprochene Gutachten verfaßte, die juristische Fakultät der Universität Bern dadurch anerkannt und geehrt, daß sie den verehrten Mann honoris causa, zugleich mit dem Altmeister der bernischen Fürsprecher, Sahli, zum Doktor beider Rechte ernannt hat. In seinem Dankesworte bekannte sich damals der nun Verewigte als verehrungsvollen Freund der Wissenschaft, auf deren praktischem Gebiete er sein Leben lang treu und unermüdlich gewirkt hat.

Dieses sein Lebenswerk vollbringen konnte Leuenberger nur vermittelst regelmäßigster Lebensführung und rationeller Ausnutzung seiner Zeit, von der er in ächt bernischer Bodenständigkeit kaum je zu Ferien einige Tage abzubrechen sich vergönnt hat. Es qualifizierten ihn aber auch die angebornen Fähigkeiten dazu: seine bis in das Alter andauernde körperliche und geistige Gesundheit, sein Pflichtgefühl, sein schnelles und richtiges Urteil, nicht zum wenigsten sein praktisches Geschick, das ihn nie in Gedankenabgründe sich verlieren ließ. Die köstlichsten aber: sein Gerechtigkeitssinn und seine Menschenliebe adelten sein Werk!

Die Mitglieder des Obergerichts haben einem solchen

Digitized by Google

Präsidenten ihre Achtung zu zollen nie unterlassen. Seine freundschaftliche Sympathie und sein heiter geselliges Wesen, die in seinem Verkehre mit ihnen stets zum Ausdruck gekommen sind, haben dieses Gefühl bis zur Verehrung gesteigert.

So hat denn an der Bahre dieses Mannes das Berner-Volk allen Grund einen hochverdienten Richter, die Mitglieder des Obergerichtes ihren verehrten Präsidenten zu betrauern.

Für was er gekämpft und gelebt hat, Ruhe und Friede, mögen ihm werden.

Rechtsprechung.

Aus der Rechtsprechung des Bundesrates

(1907.)

Referent: Prof. Dr. *W. Burckhardt*, Sekretär des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern.

17. Knörr u. Linder c. Baselstadt, vom 19. August 1907. **Wahl in den Regierungsrat.** (B. Bl. 1907, V, 49).

Nach der Verfassung des Kantons Baselstadt, § 43, sind nur die im Kanton wohnenden Bürger in den Regierungsrat wählbar; Stöcklin hatte am Tage der Wahl den Mittelpunkt seines Familienlebens und seiner beruflichen Tätigkeit noch in Burgdorf; er hatte aber schon vorher seine Ausweisschriften dort erhoben und in Basel abgegeben und auch eine Wohnung für sich allein genommen; er wurde darauf übungsgemäß in das Stimmregister von Basel eingetragen. Zur Zeit der Wahl war er in Basel.

Diese Auslegung des Begriffes „wohnen" ist nicht willkürlich; sie entspricht der Auslegung des Art. 10 des Gesetzes über den Militärpflichtersatz (*Salis*, III N° 1274; B. Bl. 1902, II, 288). Die Praxis der baselstädtischen Behörden widerspricht auch nicht dem Art. 43 B. V., der vorschreibt, daß der niedergelassene Schweizerbürger das Stimmrecht an seinem neuen Wohnsitz nach drei Monaten ausüben könne. Ein Kanton kann seinen eigenen Bürgern das Stimmrecht schon vor Ablauf dieser Frist und ohne daß sie einen förmlichen Wohnsitz erworben hätten, gewähren, sofern sie an

Digitized by Google

ihrem bisherigen Wohnorte das Stimmrecht mit dem gleichen Zeitpunkt verlieren.

(Diese Entscheidung scheint mir anfechtbar; vgl. *Burckhardt*, Kommentar der B. V. S. 392, 400. *B.*)

18. **Wolff u. G. c. Neuenburg,** vom 11. Januar 1907. **Art der Abstimmung über ein Initiativbegehren.** (B. Bl. 1907, I, 111 1908, I, 324.)

Art. 84 der neuenburgischen Verfassung bestimmt u. A.: „Lorsque la demande (d'initiative) est conçue en termes généraux, le Grand Conseil, s'il l'approuve, procédera à la révision partielle . . . . . Si, au contraire, il ne l'approuve pas, la question de la révision partielle sera soumise au peuple; si la majorité se prononce pour l'affirmative le Grand Conseil procédera à la révision en se conformant à la décision populaire."

Wie sich aus den Schlußworten dieser Bestimmung ergiebt, ist das Volk nicht blos darüber anzufragen, ob die Verfassung überhaupt, sondern auch, ob sie nach dem von den Initianten angeregten Grundsatz zu revidieren sei. Ob sich der Große Rat bei der Formulierung der Frage an den Wortlaut des Initiativbegehrens zu halten habe oder nicht, sagt der Verfassungstext nicht. Die Ansicht, daß der Große Rat nicht nur das Recht habe, rein redaktionelle, sondern auch sachliche Verbesserungen vorzunehmen, die zur Verdeutlichung des Hauptgedankens und zur Vereinfachung der Fragestellung dienen, ist aber weder mit dem Wortlaut noch mit dem Geiste der Kantonsverfassung in Widerspruch. (Vgl. Waadtländisches Gesetz vom 8. Sept. 1893, Art. 67.)

Vollziehung bundesgerichtlicher Urteile.

19. **Erben Cantin u. Stadt Luzern c. Freiburg,** vom 18. Juni 1907. **Vollziehung eines bundesgerichtlichen Urteils.** (B. Bl. 1908, I, 528).

Die Vorschrift des Art. 45 O. G., wonach die Parteien zunächst von den Kantonen die Vollziehung der bundesgerichtlichen Urteile zu begehren haben, kann den Beschwerdeführern nicht entgegengehalten werden; denn nachdem sie vom B. Ger. die Aufhebung eines Verbotes des Regierungsrates erstritten hatten und das freib. Finanzdepartement neuerdings ein ähnliches Verbot aufgestellt hatte, konnte ihnen nicht zugemutet werden, die Vollziehung des

Digitized by Google

Urteils bei einem dem Regierungsrat Unterstellten (dem Regierungsstatthalter) zu verlangen.

Eidg. Verwaltungsgesetze.

20. Gebrüder Sulzer u. Schweizer. Lokomotiv- und Maschinenfabrik c. Zürich, vom 29. Nov. 1907. **Anwendung des kant. Lehrlingsgesetzes auf Fabriken.** (B. Bl. 1907, VI, 549).

Da Art. 34 B. V. dem Bunde bloß eine Kompetenz erteilt, und durch das Gesetz vom 23. März 1877 ausgeführt worden ist, fragt es sich bloß, ob die Anwendung des zürcherischen Lehrlingsgesetzes auf Lehrlinge in Fabriken diesem Gesetze widerspreche.

Das *eidg. Fabrikgesetz* versteht unter „Arbeitern" sowohl Lehrlinge als andere in der Fabrik beschäftigte Personen. Auf Rechtsverhältnisse, die schon im Fabrikgesetz, wenn auch nur dispositiv, geregelt sind, ist daher das kantonale Lehrlingsgesetz nicht anwendbar. Nicht anwendbar sind deshalb folg. Bestimmungen: das Verbot erst nach erfüllter Primarschulpflicht, d. h. mitunter erst nach dem 15. Altersjahre, in die Lehre zu treten; die obligatorische Probezeit mit dreitägiger Kündigung, und nachher die Kündigung aus wichtigen Gründen; das Verbot des Akkordlohnes; die Bestimmung der Arbeitszeit; die Verpflichtung der Lehrlinge zum Besuch der Fortbildungsschule, sofern sie Lehrlinge über 16 Jahren betrifft; die Kompetenzen der Direktion der Volkswirtschaft bei der Auflösung des Vertrages.

21 Magazine zum Wilden Mann in Basel c. St. Gallen, vom 30. März 1907. **Patenttaxen der Handelsreisenden.** (B. Bl. 1907, III, 281, 1908, I, 526).

Die genannte Firma hat während 3 Tagen in einem gemieteten Lokale in St. Gallen eine große Musterkollektion von Frauenkleidern ausgestellt und durch einen Angestellten Bestellungen entgegengenommen.

Trotzdem der Angestellte keine verkäuflichen Waren mit sich führte, ist er nicht als *Handelsreisender* i. S. des Bundesgesetzes über die Patenttaxen der Handelsreisenden vom 24. Juni 1884 anzusehen. Der vom Gesetz mehrfach verwendete Ausdruck des Aufsuchens von Bestellungen läßt darauf schließen, daß als Handelsreisender nur derjenige zu betrachten ist, der die Bestellungen beim Kunden selber aufnimmt. Diese Annahme ist jedenfalls dann gerechtfertigt,

Digitized by Google

wenn das mit dem Kunden abgeschlossene Geschäft überhaupt nicht im Verkaufen von fertigen Waren, sondern in der Ausführung von Bestellungen besteht. Wenn der auswärtige Vertreter eines solche Geschäfte treibenden Hauses ein Lokal eröffnet und das Publikum einladet, ihm dort Bestellungen zu machen, so verkehrt er mit den Kunden in ganz gleicher Weise, wie wenn er am Orte ansässig wäre. Der Kanton kann dies also als ständigen Geschäftsbetrieb oder als Wanderlager behandeln.

22. Widmer c. Uri u. Aargau, vom 22. Juli 1907. **Armenrecht in Haftpflichtsachen.** (B. Bl. 1907, IV, 653; V, 1060).

Die *Klage gegen die Versicherungsgesellschaft* hat Anspruch auf das Armengesetz nach B. Ges., wenn die von der Versicherungsgesellschaft zu zahlende Entschädigung den Haftpflichtanspruch ganz oder teilweise tilgt. Das ist nach Art. 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes von 1881 nur der Fall, wenn der Unternehmer einen Teil der Prämien bezahlt hat. Da der Unternehmer das hier nicht getan hat, läßt die Klage des Rekurrenten den Haftpflichtanspruch bestehen, und kann der Kläger das Armenrecht nach dem Bundesgesetz nicht verlangen.

Die B. Vers. hat diese Entscheidung durch Beschluß vom 31. März 1908 bestätigt. (Uebersicht der Verh. der B.-Vers. Nr. 22).

23. Peter u Stocker c. Aargau, vom 5. Nov. 1907. **Beerdigungskosten.** (B. B. 1907, V, 1062).

Wenn die Familie des Verstorbenen die Beerdigung selbst anordnet (den Sarg bestellt und das Grab graben läßt), so ist der Kanton nicht verpflichtet, gemäß dem B. Ges. vom 22. Juni 1875 die Kosten zu bezahlen; er ist dies namentlich nicht, wenn das Begräbnis in einem andern Kanton angeordnet worden ist.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

29. Anfechtbarkeit eines Versicherungsvertrages zu Gunsten eines Dritten nach Art. 286 und 288 Sch. K. G.

Hotz hatte im Jahre 1899 sein Leben zu Gunsten seiner Frau versichert. Nach seinem im Jahre 1905 erfolgten

Digitized by Google

Tode wurde seine Verlassenschaft konkursamtlich bereinigt. Auf die Versicherungssumme erhob die begünstigte Ehefrau Anspruch. Ein Gläubiger, Kopp, dem die Rechte der Masse abgetreten worden waren, widersetzte sich, unter Berufung auf Art. 286 und 288 Sch. K. G. Seine Einrede wurde verworfen. „In dieser Beziehung hat der Beklagte vor den kantonalen Instanzen alternativ (oder eventuell) angefochten: den Versicherungsvertrag und die Begünstigung der Klägerin, und demnach die Anfechtung alternativ gerichtet auf die Versicherungssumme, die einzelnen Prämien und endlich auf den Rückkaufswert der Policen im Moment der Anfechtung, resp. im Moment des Todes des Versicherten. Mit Recht hat jedoch sein Vertreter heute erklärt, der Versicherungsvertrag als solcher sei nicht anfechtbar, sondern nur die Begünstigung der Klägerin. In der Tat konnte sich die Anfechtung des Versicherungsvertrages als solchen niemals gegen die Klägerin, die bei dessen Abschluss in keiner Weise beteiligt war, richten; als Anfechtungsbeklagte konnte hier nur die Versicherungsgesellschaft in Frage kommen. Zudem kann die Versicherungssumme aus dem Grunde nicht den Gegenstand einer Anfechtungsklage bilden, weil sie gar nicht zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört und daher auch nicht, wie Art. 291 Sch. K. G. fordert, zurückgewährt werden kann. Abgesehen hievon haben die Vorinstanzen für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, daß der Nachweis einer Überschuldung des Versicherungsnehmers im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses nicht geleistet sei. Was sodann die Anfechtung der Begünstigung der Klägerin betrifft, so erscheint es überhaupt als sehr fraglich; ob diese Vertragsklausel, losgelöst vom übrigen Vertragsinhalt, als dessen integrierender Bestandteil sie erscheint, angefochten werden könnte. Auch hier würde die Anfechtung zudem scheitern an der eben erwähnten Feststellung. Der Beklagte hat nun heute die Auffassung vertreten, als Zeitpunkt für die Anfechtbarkeit komme nicht der Moment des Vertragsabschlusses, sondern der Moment der Zahlung jeder einzelnen Prämie in Betracht, denn mit jeder Zahlung werde ein neuer Vertrag abgeschlossen. Diese Auffassung erscheint jedoch unhaltbar. Die Prämienzahlung stellt sich als Erfüllung der dem Versicherungsnehmer vertraglich obliegenden Pflichten dar; die Zahlung der Prämien erfolgt nicht freiwillig, sondern auf Grund des Versicherungsvertrages, in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht. (Vgl. *Hs. König* in Z. b. J. V.

Digitized by Google

42, 118.) Mit der Nichtanfechtbarkeit des Vertrages als solchen fällt daher auch die Anfechtbarkeit der Prämien dahin. Zudem erscheint die Anfechtung vom Standpunkte der Schenkungspauliana (Art. 286 Sch. K. G.) aus noch aus einem andern Grunde als nicht zulässig. Entgegen der Auffassung des Beklagten stellt sich die Begünstigung der Klägerin durch den Lebensversicherungsvertrag nicht als Schenkung dar. Denn der Ehemann, der sich auf den Todesfall versichert und hiebei seine nächsten Angehörigen (Ehefrau und Kinder) als Benefiziaten einsetzt, handelt in Gemäßheit seiner sittlichen Fürsorgepflicht für seine Angehörigen; es liegt in dieser Versicherung keine Schenkung, oder wenigstens keine grundlose Schenkung. Von einer Schädigung der Gläubiger könnte höchstenfalls dann gesprochen werden, wenn der Versicherungsnehmer eine im Verhältnis zu seiner Vermögenslage zu große Versicherung eingehen würde, so daß er Mittel, die über seinen wahren finanziellen Stand hinausgehen, zur Aufbringung der Prämien und zur Aufrechterhaltung der Versicherung aufwenden müßte. Hiefür liegt aber gar nichts in den Akten, gegenteils steht laut Ausspruch der Vorinstanz fest, daß der Versicherungsnehmer Hotz ein gut gehendes Bäckereigeschäft betrieb, sodaß nicht anzunehmen ist, daß eine jährliche Prämienzahlung von Fr. 451.— seine finanziellen Mittel in der gedachten Weise überstiegen habe, oder daß eine Versicherungssumme von Fr. 10,000.— in Mißverhältnis zu seiner Lage gestanden sei. Für eine Deliktspauliana würde es sodann, abgesehen von allem andern, am Nachweise der Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht fehlen. Diese Erwägungen führen dazu, die Anfechtbarkeit im vorliegenden Falle allgemein auszuschliessen, weil eben weder die Eingehung der Versicherung, mit Begünstigung der Klägerin, noch die Prämienzahlung ein anfechtbares Rechtsgeschäft in sich schließen. Danach braucht nicht untersucht zu werden, ob allenfalls als Gegenstand der Anfechtung der Rückkaufswert der Policen anzusehen, die Anfechtung auf ihn zu richten wäre (nach der von *Hs. König* a. a. O. vertretenen Theorie), und die Richtigkeit dieser Theorie kann dahingestellt bleiben."

Urteil vom 19. Juni 1908 in Sachen Kopp c. Hotz.

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

88. Zugrecht. Kaufvertrag oder Tauschvertrag? Simulation. Satzg. 819, 821 u. 829 C. G. B.; Satzg. 799 (alt) C. G. B.; Art. 16 u. 229 O. R.

Siegfried ca. Tritten.
12. November 1907 (I. Abt.). [1])

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Am 14. November 1905 wurde zwischen Jakob Tritten, Viehhändler in Gilly, und dem heutigen Beklagten Johann Gottfried Siegfried, Landwirt an der Lenk, folgender sogenannter „Tauschvertrag" abgeschlossen:

„I. Herr Jakob Tritten allié Christeler, Peters sel., von „Lenk, Viehhändler in Gilly, Kanton Waadt, zur Zeit in „Lenk, hat *vertauscht:* dem Herrn Johann Gottlieb Sieg„fried allié Schläppi, Johs. sel., von Lenk, Landwirt am „Metsch daselbst, nämlich: .... (folgt die Aufzählung der „veräußerten Liegenschaften).

II. Herr Johann Gottlieb Siegfried hat dagegen dem „Jakob Tritten allié Christeler gegengetauscht: Ein schwarzes „Mutterschaf, ca. 1½ Jahre alt, dessen förmliche Uebergabe „bereits stattgefunden hat.

„*Anschlagspreise:* Dieselben sind von den Parteien „festgesetzt worden wie folgt:

„*a)* Von den vertauschten Liegenschaften auf	Fr. 6415.—
„*b)* Von der Gegentauschsache auf	„ 15.—
„Bleiben fruchtbar	Fr. 6400.—
„Auf dah. Rechnung hat der Gegentäuscher „bezahlt und werden quittiert	Fr. 400.—
„Es ergibt sich mithin zu Gunsten des Ver„täuchers eine Tauschrestanz von . . .	Fr. 6000.—

„schreibe *sechstausend Franken*....."

[1]) Bei Anlaß der Behandlung dieses Falles wurde bekannt, daß, speziell im Simmenthal, Veräußerungsgeschäfte um Liegenschaften sehr häufig in der hier gebrauchten Form eines angeblichen Tauschvertrages abgeschlossen werden, wobei alle möglichen Mobilien als Gegentauschobjekte genannt werden. Die Notare, die derartige Verträge verschreiben, mögen sich den vorliegenden Entscheid merken.
Referent.

Digitized by Google

Diesem Vertrag wurde am 22. Januar 1906 durch den Gemeinderat von Lenk die Fertigung erteilt; er wurde in die Grundbücher von Lenk eingetragen.

2. Der Kläger Gottlieb Tritten ist der Bruder des Jakob Tritten, welcher die fragliche Liegenschaft veräußert hat. Er macht in der vorliegenden Klage gegenüber dem Käufer Siegfried sein Zugrecht hinsichtlich der veräußerten Liegenschaft geltend, nachdem er nicht nur am 12./14. April 1906 — also rechtzeitig — dem Beklagten den Zug gemäß Satzg. 826 C. G. B. angekündigt, sondern auch innert der dreimonatlichen Frist die ihm nach Satzg. 830 C. G. B. obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat (vgl. übrigens Ztschr. d. bern. Jur. Ver., Bd. 40, pag. 340).

Ueber diese Tatsachen herrscht zwischen den Parteien kein Streit.

3. Umstritten ist vorliegend bloß die Frage. ob es sich bei dem zwischen Jakob Tritten und Gottlieb Siegfried abgeschlossenen Vertrag wirklich, wie es den Anschein hat, um einen Tauschvertrag handle, bei dem eine Liegenschaft gegen eine individuell bestimmte, unvertretbare Sache getauscht worden sei, oder aber, ob der in Frage stehende Vertrag als *Kauf*vertrag (Satzg. 819 C. G. B.) anzusehen sei, oder eventuell als Tauschvertrag, wobei die Liegenschaft gegen eine „verbrauchbare", d. h. vertretbare Sache eingetauscht worden sei (Satzg. 819 u. 821 C. G. B.).

Nur wenn die eine der letzten Alternativen zutrifft, kann die Klage des Gottlieb Tritten geschützt werden; denn nur beim *Verkauf* von Liegenschaften oder bei einem *Tausch* derselben gegen *vertretbare* Sachen treffen die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Zugrechts nach dem Gesetze zu (Satzg. 819 u. 821 C. G. B.).

4. Geht man bei Entscheidung der aufgeworfenen Frage vom Wortlaut des abgeschlossenen Vertrages aus und legt man der Entscheidung die Satzg. 799 des C. G. B. zu Grunde, so gelangt man allerdings zu der Auffassung, daß ein *Tausch*vertrag vorliege. Denn die alte Satzg. 799 C. G. B. nimmt einen Tausch auch dann als gegeben an, wenn eine Sache teils gegen Geld, teils gegen andere Sachen veräußert wird, wobei es auf das Größen- und Wertverhältnis dieser verschiedenartigen Gegenleistungen zu einander nicht ankommt (vgl. Schnell, Kommentar zu Satzg. 799, Ztschr. d. bern. Jur. Ver., Bd. II, pag. 237).

Nun ist aber die in Satzg. 799 C. G. B. (alt) enthal-

Digitized by Google

tene Umschreibung des Tauschvertrages durch § 12 des E. G. z. O. R. aufgehoben worden. Es kommen in dieser Beziehung daher die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 272 u. 229 O. R.) als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung und es ist zu untersuchen, ob auch nach diesen Bestimmungen der fragliche Vertrag als Tauschvertrag gelten muß.

Eine Definition des Tauschvertrages enthält das Obligationenrecht nicht. Der Begriff des Tausches nach diesem Recht und seine Abgrenzung gegenüber dem Kaufe sind daher auf Grund der Legaldefinition des letzteren Vertrages und der in der Wissenschaft über die Abgrenzung der beiden Verträge geltenden Leitsätze zu suchen.

Hafner bemerkt offenbar richtigerweise in seinem Kommentar zu Art. 229 O. R. (N. 5), der *Kaufpreis* müsse in Geld bestimmt sein, was den Kaufvertrag in Gegensatz zum Tauschvertrag stelle; doch sei nicht ausgeschlossen, daß beim Kaufe neben Geld auch andere Leistungen als Teil des Preises vereinbart werden können. Danach ist offenbar anzunehmen, daß, wenn den *wesentlichen* Gegenwert für eine veräußerte Sache *Geld* bildet, ein Kaufvertrag vorliegt, daß dagegen überall da von einem Tausch zu sprechen ist, wo eine Sache hauptsächlich gegen Leistung einer Sache gegeben und Geld nur zur Ausgleichung zugeschossen wird. Das gilt denn auch allgemein in der Doktrin (vgl. Dernburg, bürgerl. Recht, Bd. II, pag. 104).

Wendet man diese Begriffsbestimmungen auf den vorliegenden Fall an, wo nach dem Vertrag bei einer Leistung im Gesamtwert von Fr. 6415 vom Erwerber Fr. 6400 in *Geld* zu leisten waren, so kann keinem Zweifel unterliegen, daß nach den Grundsätzen des Obligationenrechts ein *Kauf*vertrag und kein Tauschvertrag vorliegt, daß also die Leistung eines Mutterschafes seitens des Erwerbers, im Wert von bloß Fr. 15, für die rechtliche Natur des Vertrages nicht ernstlich in Betracht fällt (vgl. auch Journ. des Trib. 1901, pag. 308; 1902, pag. 638).

Aus diesem Gesichtspunkte schon würde sich demnach die Klage als begründet erweisen. Allein es soll hier noch weiterhin untersucht werden, ob der klägerische Standpunkt nicht auch auf Grund des altbernischen Rechtes geschützt werden müßte.

5. Dabei ist denn — entgegen der Ansicht des Klägers (Art. 10) — allerdings davon auszugehen, daß, *wenn* ein

Digitized by Google

Tausch vorliegt, es sich nicht um einen Tausch gegen verbrauchbare, d. h. vertretbare Sachen im Sinne der Satzg. 821 C. G. B. handelt, der „in Hinsicht auf das Zugrecht den Käufen gleichzustellen" wäre; denn nach dem Vertrag bildete die Gegenleistung „ein schwarzes Mutterschaf, ca. 1½ Jahre alt, dessen förmliche Uebergabe bereits erfolgt ist", — was sich auch nach den Aussagen des Notars Bach und des Peter Zeller tatsächlich so verhielt —. Danach handelte es sich nicht um eine bloß generell bestimmte Sache.

Nun erhebt aber der Kläger, gestützt auf die Manifestationsabhörung des Veräußerers Tritten und des Erwerbers Siegfried, gegenüber dem abgeschlossenen Veräußerungsvertrage die Einrede der Simulation, bezw. des Scheinvertrages, im Sinne von Art. 16 O. R. und Satzg. 829 C. G. B., indem er behauptet, die Kontrahenten hätten in Tat und Wahrheit nur die Veräußerung, bezw. Erwerbung der Liegenschaften gegen Bezahlung des vereinbarten Preises von Fr. 6400 gewollt und keineswegs den Eintausch eines Schafes *als Gegenleistung für die Liegenschaften;* der bezügliche Passus sei nur deshalb in den Vertrag aufgenommen worden, um die Ausübung des Zugrechts zu verhindern.

Die Begründetheit dieser Einrede ist zu untersuchen.

6. Simulation liegt nach Art. 15 O. R. dann vor, wenn ein Einverständnis der Parteien darüber besteht, daß die vertraglichen Erklärungen die Rechtsfolgen, die denselben an sich zukommen, nicht haben sollen, wenn also der *erklärte* Wille der Parteien dem gegenwärtig übereinstimmenden *wirklichen* Willen derselben nicht entspricht, die unrichtige Ausdrucksweise vielmehr gebraucht wurde in der Absicht, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Art. 16 O. R.; Hafner dazu N. 2; Danz, pag. 110; Revue 20, Nr. 53). Auf das Motiv, aus dem eine solche Handlungsweise der Parteien entspringt, kommt hiebei an sich nichts an.

Nach dem Wortlaut des abgeschlossenen Vertrages wäre nun vorliegend der Wille des Veräußerers dahin gegangen, als Gegenwert für seine Liegenschaft nicht nur einen Geldpreis von Fr. 6400 zu erhalten, sondern überdies noch das im Vertrag genannte Mutterschaf.

Dem wahren Willen der Parteien beim Vertragsabschluß entsprach das nun aber keineswegs, wie sich aus den in Art. 8 der Klage der reproduzierten Manifestationsprotokollen und dem übrigen Beweismaterial ergibt:

Digitized by Google

Es deponierte nämlich in der Manifestationsverhandlung:

Jakob Tritten-Christeler:

„Gottlieb Siegfried kam zu mir nach Gilly und trug „mir an, fragliches Grundstück zu kaufen. Siegfried sagte „mir bei diesem Anlasse, es müsse ein Tauschvertrag ab„geschlossen werden, damit das Zugrecht verhindert werden „könne. Ich selbst begehrte kein Schaf; mir war das Geld „die Haupsache, das ist handgreiflich. Ich habe das frag„liche Schaf nie gesehen. Das Schaf wurde meinem Schwager „übergeben. Ob mein Schwager das Schaf bezahlte, kann „ich nicht sagen; ich bekümmerte mich nicht weiter um „dasselbe. Ich habe beim Vertragsabschlusse gesagt, man „könne das Schaf in den Vertrag aufnehmen; aber ich „wünsche es nicht, d. h. ich begehre das Schaf nicht. Es „ist mir unbekannt, wem mein Schwager das Schaf be„zahlen muß."

Johann Gottlieb Siegfried-Schläppi:

„Es ist richtig, daß das fragliche Schaf eingetauscht „wurde, um die Ausübung des Zugrechtes zu verhindern. „Ich habe mich nach Gilly zu Tritten begeben und trug „ihm das Schaf an. Wir wurden einig, Schwager Hans Peter „Zeller solle das Schaf an die Hand nehmen, der es dann „auch halte."

Daraus geht nun mit aller Deutlichkeit hervor, daß Jakob Tritten keineswegs daran dachte, sich *als Gegenleistung* gegen die veräußerte Liegenschaft das fragliche Schaf *vom Erwerber auszubedingen* und das Schaf als Eigentümer, d. h. zum vollen Rechte und Genusse, zu erwerben, daß er auch einen derartigen Willen seinem Gegenkontrahenten Siegfried gegenüber nie kundgegeben hat. Im Gegenteil ergibt sich aus diesen Depositionen, daß Tritten das Schaf gar nicht erwerben wollte und bloß dazu seine Zustimmung erklärte, daß das Schaf im Vertrage angeführt werde, um die Ausübung des Zugrechts zu verhindern, worauf die Parteien denn übereinkamen, das Schaf einem Dritten an die Hand zu geben. Daß aber dieser Dritte das Schaf *für* den Veräußerer der Liegenschaft, Tritten, halten sollte, wird nirgends behauptet. So wurde denn auch der Verkaufpreis der Liegenschaft auf die ungerade Summe von Fr. 6415 festgesetzt, offensichtlich bloß mit Rücksicht auf die Aufnahme des Schafes im Vertrag, während in Wirklichkeit der Parteiwille dahin ging, daß der Verkäufer die

Digitized by Google

runde Summe von Fr. 6400 *als Kaufpreis* für die veräußerte Liegenschaft erhalten sollte.

Danach ist hergestellt, daß die Bezeichnung des in Rede stehenden Vertrages als *Tausch*vertrag und die Aufnahme des Mutterschafes als Tauschobjekt in den Vertrag unter Erhöhung des Anschlagspreises der Liegenschaft von Fr. 6400 auf Fr. 6415 bloß deshalb geschahen, um die wahre, d. h. die dem wirklichen Willen der Parteien entsprechende, Beschaffenheit des Vertrages *als Kaufvertrag* zu verbergen, womit gesagt ist, daß ein Fall der Simulation, m. a. W. eines Scheinvertrages im Sinne der Satzg. 829 vorliegt (vgl. Schnell, Kommentar zu Satzg. 829, wo ein analoger Fall aufgeführt wird).

Ist aber das der Fall, so ist eben dem Kläger der Nachweis gelungen, daß die Veräußerung der Liegenschaft in Wahrheit infolge *Kauf*vertrages stattfand. Dann ist aber nach Satzg. 819 C. G. B. sein Zugrecht begründet.

7. Bei dieser Sachlage braucht nicht näher geprüft zu werden, ob die vom Kläger in Art. 12 erhobene sogenannte exceptio doli — wohl richtiger die Einrede, der angebliche Tausch sei *in fraudem legis* abgeschlossen — begründet sei oder nicht. Diese Frage wäre übrigens wohl eher zu verneinen (vgl. Ztschr. d. bern. Jur. Ver., Bd. II, pag. 237), da der Abschluß eines Tausches um Liegenschaften, falls er ernst gemeint ist, als gesetzlich zulässig gelten muß, auch wenn er lediglich deshalb abgeschlossen wird, um die Ausübung des Zugrechts zu verhindern. Dies deshalb, weil auf die Motive eines Rechtsgeschäftes an sich nichts ankommt, das Geschäft charakterisiere sich denn als Handlung, die *lediglich* deshalb vorgenommen wird, um einem Dritten Schaden zuzufügen, was selbstverständlich vorliegend nicht zutrifft.

89. Forum arresti für die Klage des Arrestnehmers; Art. 59 B. V.

Fratelli Gondrand ca. Valentini. (Zwischengesuch).
20. November 1907 (I. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Durch den bundesgerichtlichen Entscheid vom 2. Juni 1898 i. S. Lüthi, Zingg & Marcet gegen Eggimann ist festgestellt worden, daß das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs ein forum arresti für die Klage des Arrestnehmers auf Anerkennung seiner Forderung nicht kennt. Dagegen hat der hierseitige Gerichtshof in seinem Urteil

Digitized by Google

vom 28. Januar 1898 in der nämlichen Streitsache ein solches forum arresti aus dem bernischen Zivilprozeßgesetze abgeleitet und das Bundesgericht hat daran keinen Anstand genommen (B. G. E. Bd. XXIV[I] S. 247, Monatsbl. für bern. Rechtspr. Bd. XV, S. 263).

Gegenüber diesem kantonalrechtlichen forum arresti müssen jedoch unter allen Umständen die durch Art. 59 B. V. gewährten Garantien vorbehalten bleiben, was denn auch in dem genannten Entscheide des bernischen Appellations- und Kassationshofes ausdrücklich betont worden ist.

Im vorliegenden Falle nun beruft sich die Impetrantin offenbar mit Grund auf die zitierte Verfassungsbestimmung, indem sie, nach den eigenen Anbringen des Klägers und heutigen Impetraten in Brig, also in der Schweiz, ihren Wohnsitz hat und aufrechtstehend ist. Somit muß die Gerichtsstandseinrede derselben geschützt werden.

40. I. Es ist im *Kollokationsplan* darüber zu entscheiden, in welchem Umfange den Konkursgläubigern Pfandrechte zustehen.

Der Streit über den Umfang eines Pfandrechts im Konkurse unterliegt der Beurteilung der Gerichte und kann nicht Gegenstand einer Beschwerde an die Aufsichtsbehörde bilden.

II. Satzung 487 C. G. B. und § 65 E. G. z. B. u. K.: Das Grundpfandrecht verhaftet die natürlichen Früchte bis zu ihrer *Trennung* von der Pfandsache, die civilen Früchte bis *zu ihrem Bezug.*

Unter dem Bezug der civilen Früchte ist zu verstehen deren Inempfangnahme bei Zahlung, nicht schon deren rechtliche Einforderung; im Konkursfall erfolgt der Bezug erst mit der Verteilung, nicht schon mit der Eingabe der Forderung und ihrer Anerkennung im Kollokationsplan.

§ 65 E. G. z. B. u. K. bedeutet nicht eine *Abänderung* von Satzung 487 C. G. B. in der Weise, dass für die Lösung der bürgerlichen Früchte aus dem Pfandnexus nicht mehr der Moment des Rezugs, sondern der des Verfalls entscheidend wäre, sondern eine *Ausdehnung* der Satz. 487 in dem Sinne, dass das Pfandrecht des Grundpfandgläubigers auch an den im Laufe einer konkurrierenden Betreibung auf Pfändung getrennten Früchten nicht ver-

Digitized by Google

loren geht, wenn er eine Betreibung auf Pfandverwertung eingeleitet hat.

Konkursmasse des Hotel National ca. Aktienbrauerei z. Löwenbräu.*)
21. November 1907 (II. Abt.)

41. Art. 931 c. c. f. Donation. Promesse verbale de payer une somme d'argent à l'amateur d'une ferme pour le cas où le propriétaire réussirait à la vendre à un prix déterminé à un autre amateur — déclarée nulle comme constituant une donation rémunératrice.

La donation rémunératrice n'est dispensée des formes de la donation entre vifs que si elle a le caractère d'une dation en paiement.

Jules Frésard et Alcide Bollat contre Julie Luginbühl.
21 novembre 1907 (IIe Chambre).

Extrait des considérants:

Les demandeurs se sont fait donner cette promesse pour le motif qu'ayant sans cesse augmenté leurs offres comme amateurs de la ferme, ils avaient fait réaliser à la défenderesse un gain considérable, puisque les acheteurs de leur côté après avoir offert 100,000 fr. de cette ferme ont consenti à la payer 42,500 fr. de plus. Cette promesse était donc donnée aux demandeurs pour les récompenser des services soi-disant rendus à la défenderesse: elle apparaît comme étant une *donation rémunératoire,* c'est-à-dire comme une donation qui a eu lieu en récompense de services rendus au donateur par le donataire. (Aubry et Rau, 4e éd. vol. 7 § 702 p. 379.)

Comme il s'agit d'une donation, on doit se demander si la promesse donnée par la défenderesse est valable dans la forme verbale où elle a été consentie. Cette forme est déterminée par la législation cantonale, aux termes de l'art. 10 C. O. et elle est régie, au cas particulier, par les dispositions du Code civil français, en vigueur dans le Jura. L'art. 931 de ce code pose comme règle que tous les actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaire; toutefois, il est admis en doctrine et en jurisprudence que certaines libéralités constituant même des donations véritables peuvent se réaliser indépendamment de l'emploi de toutes formalités extérieure: telles sont notamment les donations

*) Für den gesamten Inhalt des Urteils verweise ich auf A. XII, Nr. 21. — Ref.

Digitized by Google

indirectes, les donations onéreuses, les donations déguisées et dans certains cas les donations rémunératoires.

Il y a lieu de distinguer les cas où la donation rémunératoire a le caractère de dation en paiement et ceux où elle a le caractère d'une véritable donation. L'acte qualifié de donation rémunératoire qui a pour objet de récompenser les services rendus par le donataire au donateur doit être considéré comme un contrat commutatif et à ce titre il n'est pas assujetti aux formalités des donations, soit lorsque la récompense n'excède pas la valeur du service et que le prétendu donataire aurait eu une action en justice pour en exiger le prix, soit même lorsque le don n'a été motivé que par le désir d'acquitter une dette purement naturelle appréciable en argent. (Aubry et Rau, loc. cit.; Demolombe, t. 20 n° 49; Baudry-Lacantinerie et Colin. Des donations entre vifs et testaments, t. 1 n° 1135.) Ainsi de pareilles donations seraient valables quoique faites dans la forme de reconnaissance sous signature privée (Bordeaux, 7 juin 1841. Nouveau c. c. annoté de Dalloz, éd. de 1901, ad. art. 931 n° 139) et il a même été jugé que la promesse verbale de payer une rente viagère à un ancien domestique pour des services rendus était un contrat à titre onéreux parfaitement valable (Bordeaux, 21 mars 1835, ibid. ad. art. 894 n° 71).

Mais la donation rémunératoire n'est dispensée des formes des donations entre vifs que si elle a le caractère d'une dation en paiement; elle est nulle si elle est faite par acte sous seing privé (et a fortiori verbalement) et s'il est prouvé par les circonstances de fait que c'est un acte de pure libéralité (Cour de cass. Reg. 7 janvier 1862; ibid. ad art. 931 n° 242 et 143; Trib. de la Seine, 7e ch., 20 mars 1890, Pand. franç. 1890, II, p. 249; Aubry et Rau, 4e éd., t. III § 659 note 31 p. 86).

La question de savoir dans quels cas il y a donation et dans quels cas paiement est une question de fait; en l'espèce on ne saurait dire que les services rendus par les demandeurs à la défenderesse sont appréciables en argent; ces services ont même été absolument nuls. Les demandeurs ne sont pas, en effet, intervenus dans les tractations qui ont eu lieu entre la défenderesse et les Gerber à titre de courtiers bénévoles et n'ont pas engagé ces derniers à se porter amateurs et à offrir de la ferme un prix plus élevé. Les demandeurs ne l'ont pas prétendu et il ressort du reste de

Digitized by Google

la procédure que les Gerber n'ont jamais été en relations avec les demandeurs, mais que depuis longtemps ils avaient caressé le projet de se rendre acquéreurs de cette propriété que pendant 40 ans ils ont exploitée comme fermiers.

D'un autre côté il est établi que la défenderesse qui d'abord ne voulait pas se défaire de cette ferme, pour se conformer aux désirs de son mari, ne s'est décidée à l'aliéner que si on lui en offrait le prix qui serait déterminé par son expert M. Morel et si ses enfants, qu'elle voulait consulter, donnaient leur acquiesement.

Les demandeurs sont entrés en pourparler avec la défenderesse non pas pour lui rendre service, mais en vue de réaliser pour eux-mêmes un beau benéfice.

42. Kann die Ehefrau, die im ersten Konkurse ihres Ehemannes einen Verlustschein erhalten hat, ihr Konkursprivileg bei einer neuen Vermögensliquidation noch einmal geltend machen? (Art. 219 B. u. K., §§ 79 u. 88 E. G z. B u. K., Art. 265 B. u. K.

Moser ca. Dietsche.

26. November 1907 (I. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Da der Kläger grundsätzlich der Beklagten das Recht nicht bestreitet, mit ihren Verlustscheinsforderungen an der Liquidation des in Frage stehenden Pfändungsvermögens teilzunehmen und zudem der einzige „neue" Gläubiger der Gruppe, — d. h. der einzige Gläubiger, der seine Forderung an den Schuldner erst nach Schluß des früher über diesen verhängten Konkurses erworben hat, — gegen den vorliegend angefochtenen Kollokationsplan keine Einsprache erhoben, also die Teilnahmeberechtigung der Verlustscheinsgläubiger an der fraglichen Vermögensliquidation auch seinerseits nicht bestritten hat, so ist die Streitfrage, ob die Verlustscheinsgläubiger aus einem Konkurse bei späteren Vermögensliquidationen des Schuldners mit den „neuen" Gläubigern im gleichen Range konkurrieren können, vorliegend nicht zu erörtern. (Vgl. übrigens Archiv X, Nr. 17 und XI, Nr. 26; Leemann, „der schweiz. Verlustschein" pag. 107 ff.).

Fraglich und zwischen den Parteien streitig ist nur *die* Frage, ob die Verlustscheinsgläubiger aus einem früheren Konkurse bei einer neuen Vermögensliquidation nun sämtlich im *gleichen Range*, oder aber, ob sie nach Maßgabe des ihnen

Digitized by Google

seinerzeit im Konkurse je nach der Natur ihrer Forderungen zugewiesenen Ranges konkurrieren, speziell, ob die *Ehefrau* ihr Konkursprivileg bei einer neuen Vermögensliquidation noch einmal geltend machen kann. Diese Frage ist des Näheren zu prüfen.

2. Art. 219 B. u. K. — der gemäß Art. 146, al. 2 leg. cit. auch für die Kollozierung bei Betreibungsliquidationen maßgebend ist — reiht in die vierte Klasse ein: Den nach kantonalem Recht privilegierten Teil der Frauengutsforderung, soweit dieses Gut „kraft gesetzlich anerkannten „Güterrechts im Eigentum oder in der Verwaltung des Ehe„mannes sich befindet."

Zweifellos ist nun richtig (vgl. Art. 5 der Klage), daß dieses Privilegium der vierten Klasse nur für die Frauengutsforderung besteht, die im Momente, wo das Exekutionsverfahren ausbricht, existent ist; nicht richtig ist aber, was der Kläger weiterhin folgern möchte, daß es nur soweit besteht, als sich das von der Frau dem Ehemanne eingekehrte Gut bei Ausbruch des Exekutionsverfahrens *tatsächlich* noch im Vermögen des Ehemannes vorfindet, also dort noch effektiv vorhanden ist. Die zitierte Gesetzesbestimmung sagt vielmehr nichts anderes, als daß die Frauengutsforderung privilegiert werde, soweit das Frauenvermögen *kraft gesetzlicher Bestimmung*, also *rechtlich*, zum Vermögen des Ehemanns *gehöre*, d. h. soweit es in das Eigentum oder die Verwaltung desselben übergegangen sei.

Eine Interpretation der in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmung im Sinne des klägerischen Standpunktes, also nach dem strengen Wortlaute, ergäbe ja als Konsequenz, daß die Weibergutsforderung auch im *ersten* Konkurse des Ehemannes nicht geltend gemacht werden könnte, wenn der Ehemann bereits in jenem Zeitpunkte das Frauengut verbraucht hätte, so daß sich dieses *tatsächlich* nicht mehr in seinem Eigentume befände. Diese Folgerung wird aber die Klägerschaft selbst nicht ziehen wollen.

Rechtlich, also im Sinne von Art. 219 B. u. K., befindet sich das Frauengut solange im Eigentume des Mannes, als es von ihm der Ehefrau *nicht zurückgegeben* worden ist, mögen auch die eingebrachten Vermögensstücke längst veräußert oder verbraucht worden sein.

Solange genießt auch die Weibergutsforderung das in Art. 219 B. u. K. in Verbindung mit § 79 E. G. ihr gesicherte Privileg.

Digitized by Google

3. Nun hat im vorliegenden Falle allerdings die Beklagte ihre Weibergutsforderung schon im Jahre 1905 im Konkurse ihres Ehemannes geltend gemacht und ist für deren bevorrechtete Hälfte in Klasse IV des damaligen Kollokationsplanes eingewiesen worden. Allein sie hat in diesem Konkurse keinerlei Deckung für ihre Forderung erhalten, sondern ist sowohl mit der privilegierten, wie mit der andern Hälfte zu Verlust gewiesen worden. Das ihr damals zuerkannte Privileg vermochte also keinerlei praktische Wirkung auszuüben und die Beklagte hat bis zur Stunde, trotz der Durchführung des Konkurses gegenüber ihrem Ehemann, von ihrem eingekehrten Frauengut noch nichts zurückerhalten. Der Ehemann Dietsche blieb also nach wie vor Schuldner seiner Ehefrau im ganzen Umfange seiner privilegierten und der nicht privilegierten Frauengutsforderung, und die Beklagte war zweifellos berechtigt, die Forderung im fraglichen Pfändungsverfahren neuerdings geltend zu machen, da unser Einführungsgesetz nicht, wie das anderwärts (in Baselland, St. Gallen, Uri und Appenzell A.-Rh.) geschieht, die im ersten Konkurs nicht befriedigte Weibergutsforderung von einer neuen Geltendmachung dem Ehemanne gegenüber ausschließt (vgl. Leemann, „der schweizer. Verlustschein", pag. 136).

Richtig ist (vgl. Art. 5 der Klage), daß mit der Eröffnung des Konkurses über August Dietsche — nicht etwa erst nach durchgeführter Konkursliquidation — dessen Ehefrau, die heutige Beklagte, gemäß § 83 E. G. z. B. u. K. güterrechtlich selbständig wurde. Damit erhielt sie aber noch keineswegs das von ihr dem Ehemanne seinerzeit eingekehrte Frauengut zurück. Die Gütertrennung hatte vielmehr nur die Folge, daß die Ehefrau Dietsche ihre Forderung für das dem Ehemanne eingekehrte Vermögen diesem gegenüber nunmehr geltend machen und deren Bezahlung verlangen konnte, sowie ferner die weitere Folge, daß das allfällig neu von ihr erworbene Vermögen nicht mehr kraft Güterrechts auf den Ehemann überging.

Besteht also die Frauengutsforderung der Beklagten in ihrem damaligen Umfange heute noch zu Recht, so muß dies — da § 79 E. G. zum B. u. K. das Vorrecht für die Hälfte des Frauengutes allgemein und unbeschränkt einräumt, d. h. für jede Pfändung und jeden Konkurs, worin die Frauengutsforderung geltend gemacht werden kann, — auch hinsichtlich des ihr gesicherten Privilegs gelten, sofern

Digitized by Google

nicht gesagt werden kann, es sei die Forderung dadurch, daß für sie im Konkurse ein Verlustschein ausgestellt worden sei, *noviert worden*, wobei das Privileg untergegangen sei.

4. Die Wirkungen eines Verlustscheins im Konkurse sind in Art. 265 B. u. K. geregelt, aus dessen Bestimmungen sich ergibt, daß die durch Verlustscheine anerkannte Forderung an sich die nämliche bleibt, wie zuvor und daß nur ihre *betreibungsrechtliche Geltendmachung* von der weiteren Voraussetzung des neuen Vermögens abhängig gemacht wird, einer Voraussetzung, die unbestrittenermaßen vorliegend zutrifft. (Vgl. hiezu Reichel, Anm. 3 zu Art. 265; Ztschr. d. bern. Jur. Ver. Bd. 36, pag. 208; Arch. IV, Nr. 85).

Ist aber die *privilegierte* Weibergutsforderung weder bezahlt noch infolge des Konkurses des Schuldners, bezw. der Ausstellung eines Verlustscheins durch Novation untergegangen, so mußte sie nach dem ihr gemäß Art. 146 u. 219 B. u. K. zukommenden Range, in Klasse IV angewiesen werden.

5. Mit diesem Resultat steht denn auch die in Art. 5 der Klage erwähnte Erklärung der nationalrätlichen Kommission von 1887, wie sie in Anm. 15, litt. f. des Kommentars von Weber und Brüstlein zu Art. 219 (1. Auflage, pag. 304; 2. Aufl., pag. 328) wiedergegeben ist, keineswegs im Widerspruch. Denn durch diese Erklärung — deren rechtliche Wirksamkeit vorliegend nicht näher zu prüfen ist — wurde nur bestimmt, wie es mit *dem* Vermögen zu halten sei, das die Ehefrau *faktisch* im ersten Konkurse herauserhalten hatte, das sie ihrem Ehemanne aber später, infolge *Wiederaufhebung der Gütertrennung* vor seinem zweiten Konkurse wieder einbrachte. (Vgl. übrigens die weiteren Ausführungen von Weber und Brüstlein in Anm. 15, litt. f., pag. 305; Reichel, pag. 328, wo die oben ausgesprochene Ansicht ebenfalls vertreten wird. Anderer Ansicht allerdings Jäger, pag. 407, Nr. 35 ad Art. 219).

6. Der erstinstanzliche Richter hat zur Unterstützung seiner mit der hierseitigen Auffassung übereinstimmenden Ansicht auch Art. 269 B. u. K. beigezogen. Allein — wie hier der Vollständigkeit halber noch festgestellt werden soll — offenbar zu Unrecht; denn dieser Artikel bestimmt nur, wie die an sich zur Konkursmasse gehörenden, aber erst nach Schluß des Verfahrens zum Vorschein gekommenen Vermögensstücke liquidiert werden sollen; und zwar regelt er diese Frage in der Weise, daß nicht ein *neues* Liquidations-

Digitized by Google

verfahren durchgeführt, sondern einfach eine *Ergänzung des alten* vorgenommen werden solle, wobei der Erlös der neuentdeckten Vermögensstücke auf Grund der alten Liquidationsbestimmungen zu verteilen. Daraus läßt sich offenbar auf den vorliegenden Fall gar nichts schließen, indem es sich hier darum handelt, zu bestimmen, welche Grundsätze auf ein *neues* Liquidationsverfahren anzuwenden sind.

48. Haager Convention: Die in Art. 8, Al. 8 des Gesetzes betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter enthaltene Präsumption der Fortdauer des alten Wohnsitzes darf nicht analog auf die der Haager-Convention unterliegenden internationalen Rechtsverhältnisse angewendet werden; eine allgemeine, aus der Natur der Sache sich ergebende Präsumption der angegebenen Art aber existirt nicht. (Vgl. B. G. E. Bd. II, pag. 42).

Hänni ca. Kochticki.
26. November 1907 (I. Abt.).

44. I. Art. 4 n° 4 de la loi du 26 février 1888 portant modification à la législation concernant la Caisse hypothécaire et au Code civil français Signification du mot „tiers" au sens de cette disposition légale.
II. Protection de la possession.

Christian Wahlen contre Joseph Schaller.
27 novembre 1907 (I^re^ Chambre).

Extrait des considérants:

Aux termes de l'art. 4 chiff. 4 de la loi du 26 février 1888, portant modification à la législation concernant la Caisse hypothécaire et au Code civil français, la transcription des actes translatifs de propriété immobilière a été rendue obligatoire à l'effet de constater les droits réels à l'égard des tiers, dans la partie catholique du Jura, comprenant notamment le district de Delémont, et l'art. 2 du décret d'exécution du 24 avril 1890 dispose que jusqu'à la transcription les droits résultant de ces actes ne peuvent être opposés aux tiers. La disposition de l'art. 4 précité a été introduite au cours de la seconde délibération du projet de loi du 26 février 1888, en vue de combler une lacune et de compléter la législation du Code civil français, comme la France l'avait fait par sa loi du 22 mars 1855. Cette

Digitized by Google

dernière loi, dont on voulait introduire l'économie dans le Jura pour remédier aux inconvénients résultant du défaut de publicité des transactions immobilières, disposait dans son art. 3 que les actes soumis à la formalité de la transcription n'étaient, avant que la transcription n'en ait été opérée, pas opposables aux tiers „qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément aux lois.“ Bien que les promoteurs de la nouvelle disposition introduite dans la loi du 26 février 1888 aient simplement voulu faire entrer dans la législation jurassienne une disposition analogue à celle de l'art. 3 de la loi française du 22 mars 1855, le texte qu'ils ont proposé et qui est devenu texte de la loi ne contient que le mot „tiers“ tout court, sans la finale de l'art. 3 de la loi précipitée. Ils ont donc voulu imiter la loi française, mais n'ont pas donné à leur pensée l'expression qu'elle devait avoir. Il paraît y avoir eu divergence d'opinion entre le rapporteur français et le directeur de la justice Eggli; le premier comprenait le mot „tiers“ dans le sens de la loi française, tandis que le dernier considérait comme des tiers tous ceux qui n'étaient pas parties au contrat. (Voir Bulletin du Grand Conseil, 1887 p. 220 et suiv.). D'ailleurs, l'opinion des rédacteurs d'une loi ou des autorités préconsultatives ne saurait prévaloir contre le texte même de la loi (Voir Zeitschrift für schweiz. Recht, Neue Folge vol. IV p. 553 et suiv., Discours du prof. P. Speiser; ibid. N. F. vol. XIII p. 370, Etude du Dr P. Wolf.) Dans le canton de Berne, la souveraineté réside dans l'ensemble du peuple; c'est le peuple qui est appelé à se prononcer définitivement sur l'acceptation d'une loi. Pour interpréter une loi, on doit s'en tenir avant tout à son texte qui constitue l'expression de la volonté du législateur. Ce n'est qu'en cas d'obscurité de la loi qu'il y a lieu de l'interpréter, d'en rechercher le sens et l'esprit et de s'aider à cet effet de la genèse de la loi. Or, la loi bernoise précitée de 1888 est claire, elle parle tout simplement de tiers et c'est par ce mot „tiers“ que le législateur a exprimé sa volonté. On ne peut donc comprendre par „tiers“ sans faire violence au texte légal, que les personnes qui ne sont pas contractantes.

En revanche, il ressort de ce qui précède que le défendeur n'a aucun droit sur la parcelle litigieuse et que le demandeur et ses prépossesseurs en ont toujours joui en possesseurs de bonne foi. Le défendeur n'ayant aucun droit

Digitized by Google

sur cette parcelle, le demandeur peut exiger qu'il soit fait défense au défendeur de plus à l'avenir troubler la jouissance du demandeur en anticipant sur cette parcelle, soit en la fauchant, y plantant des piquets, ou de toute autre façon. Bien que les art. 23 et suiv. du code de procédure civile français, qui conféraient au possesseur des actions possessoires, aient été explicitement abrogés par le code de procédure civile bernois du 31 juillet 1847, ce même code ainsi que celui de 1883 ont maintenu implicitement la protection accordée au possesseur. Le code de procédure civile revisé, de 1883, permet notamment de requérir une mesure provisoire pour être protégé dans une possession menacée. On doit admettre que les tribunaux sont non seulement autorisés à protéger un possesseur par une procédure extraordinaire, mais qu'ils le peuvent aussi dans une procédure ordinaire. Le second chef des conclusions de la demande doit donc être adjugé et le défendeur menacé des peines prévues à l'art. 390 c. p. c.

45. Unterbrechung der Verjährung: Ist unter der „Anstellung der Klage" im Sinne von Art. 45 des Bundesgesetzes betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 29. März 1893 auch die Anhebung der Betreibung zu verstehen? (Vgl Art. 154 O. R.)

Blöder ca. Schweiz. Bundesbahnen.
10. Dezember 1907 (I. Abt.)

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Zunächst ist festzustellen, daß das vom Kläger im Eingang seiner Klage angerufene internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr — vom 14. Oktober 1890 — auf den vorliegenden Streitfall nicht zur Anwendung kommen kann, da es sich hier um eine Sendung aus Bulgarien nach der Schweiz handelt und Bulgarien dem genannten Uebereinkommen nicht beigetreten ist (vgl. Art. 1 dieses Uebereinkommens). Die Verjährungsfrage kann danach einzig auf Grund des schweizerischen Transportgesetzes geprüft werden. Uebrigens verweist Art. 45 des internationalen Uebereinkommens — dessen Bestimmungen über Frist und Beginn der Verjährung sich mit denjenigen des schweizer. Gesetzes wörtlich decken — bezüglich der *Unterbrechung* der Verjährung ausdrücklich auf die Gesetze des Landes, wo die Klage angestellt ist, so daß auch danach die vor-

Digitized by Google

würfig des Näheren zu prüfende Frage gemäß schweizerischem Recht entschieden werden müßte.

2. Zur Anwendung auf den vorliegenden Fall kommt Art. 45 des Bundesgesezes betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 29. März 1893, der bestimmt, daß Entschädigungsforderungen wegen .... Beschädigung des Frachtgutes, sofern sie nicht anerkannt oder durch Urteil oder Vergleich festgestellt sind, *in einem Jahre* und in Fällen von dolus oder grober Fahrlässigkeit der Bahn in 3 Jahren verjähren.

In casu ist weder behauptet, daß die Entschädigungspflicht seitens der Beklagten anerkannt oder durch Vergleich oder Urteil festgestellt sei, noch daß auf Seiten der Bahn Arglist oder grobe Fahrlässigkeit vorliege. Ein Beweis für das Vorliegen von lata culpa — von dolus kann von vornherein keine Rede sein — wäre übrigens in keiner Weise erbracht.

Es fällt also die einjährige Verjährungsfrist in Betracht.

Die Verjährung beginnt nach Art. 45 Tr. G. bei Beschädigung des Frachtgutes am *Ablieferungstage;* vorliegend begann sie demnach am 18. Oktober 1904.

Sie wird — gemäß Art. 45 Al. 3 leg. cit. — „nicht allein durch Anstellung der Klage, sondern auch durch die schriftliche Anbringung der Reklamation unterbrochen, in der Meinung, daß, solange die Reklamation unerledigt bleibt, überhaupt kein Ablauf der Verjährung stattfinden könne."

Danach wurde sie durch die Reklamation des Klägers vom 27. Oktober und 3. November 1904 unterbrochen. Ob und wieweit auch der Reklamation vom 19. Januar 1905 noch Unterbrechungswirkung zukommen konnte, nachdem bereits am 5. Januar bezüglich des bis dahin geltend gemachten Schadens ein abschlägiger Bescheid der Bahnverwaltung erfolgt war, braucht vorliegend nicht untersucht zu werden. Das Prozeßresultat ist das nämliche, ob man die Frage so oder so entscheide.

Nach den abschlägigen Antworten der Bahn vom *5. Januar* und vom 25. Januar 1905 — angenommen, der Reklamation vom 19. Januar sei noch eine Bedeutung zugekommen — begann eine neue einjährige Verjährungsfrist zu laufen. Diese Frist konnte durch eine neue Reklamation nicht mehr unterbrochen werden. (Art. 45 Al. 4 leg cit.)

Die Ladung zum Sühneversuch in vorliegender Sache datiert vom *11./14. Mai 1906,* ist also mehr als ein Jahr nach dem letzten abschlägigen Bescheid der Bahnverwaltung

Digitized by Google

erlassen worden. Geht man nun auch davon aus, daß — wie es das Bundesgericht für das Eisenbahnhaftpflichtgesetz angenommen hat (B. G. E. Bd. XXI, pag. 429) — unter den Worten „Anstellung der Klage" in Art. 45 Tr. G. nicht bloß die Anhängigmachung des Streites vor Gerichten, sondern auch — analog zu Art. 154 O. R. — die Ladung zum amtlichen Sühneversuch zu verstehen sei, so ist die Verjährung doch eingetreten, sofern sie nicht durch die Anhebung der Betreibung im Oktober 1905 neuerdings unterbrochen wurde.

Andere Handlungen, die möglicherweise geeignet gewesen wären, den Lauf der Verjährung zu unterbrechen, werden nämlich vom Kläger nirgends — weder in der Klage, noch in der Replik — behauptet. So wird namentlich nicht prozedürlich gemacht — was sich bloß aus beigehefteten Urkunden ergibt —, daß der Kläger Blöder am 24. Juli 1905 gegen die Beklagte vor dem Vermittleramt St. Gallen zur Abhaltung des Sühneversuches erschienen ist, wobei er offenbar aus den nämlichen Tatsachen, auf deren Grund er heute klagt, Anerkennung und Bezahlung einer Forderung von Fr. 2658.— verlangte (vgl. hiezu Schneider & Fick, O. R. Art. 154 Note 9 und Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. 29, pag. 522), und ferner ist nicht zum Prozeßinhalt gemacht worden der Umstand, daß vor dem Bezirksgericht St. Gallen über die heute im Streite liegende Forderung schon ein Rechstreit anhängig war, wobei sich allerdings der Kläger der Gerichtsstandseinrede der Beklagten unterzog und die Klage vor dem dortigen Gericht fallen ließ.

Diese Tatsachen dürfen daher zur Beurteilung des heutigen Prozesses *nicht* beigezogen werden.

3. Die Frage nun, ob die Anhebung der Betreibung den Lauf der Verjährung unterbrochen habe, ist für den vorliegenden Fall auf Grund des anzuwendenden Gesetzes zu verneinen.

Das Eisenbahn-Transportgesetz vom 29. März 1893 spricht — in ausdrücklichem Gegensatz zu dem ihm zeitlich vorgehenden Art. 154 O. R. (vgl. Hafner, Nr. 1[a]) — nicht davon, daß die Verjährung von Ansprüchen, wie sie vorliegend in Betracht kommen, durch Anhebung der Betreibung unterbrochen werde; es nennt als unterbrechende Handlungen in Al. 3 des Art. 45 bloß: die Anstellung der Klage und die schriftliche Anbringung einer Reklamation. Sodann statuiert es aber in Al. 4 daselbst, daß nach ab-

Digitized by Google

schlägiger Bescheidung der Reklamation die Verjährung, die damit neu zu laufen beginnt, *nicht durch eine neue Reklamation* unterbrochen werden kann.

Da in casu nachgewiesenermaßen die vom Kläger erhobenen Reklamationen seitens der Beklagten am 5. und 25. Januar 1905 abschlägig beschieden worden sind, so fällt der Unterbrechungsgrund der Reklamation außer Frage; es braucht demnach nicht geprüft zu werden, ob in der Anhebung einer Betreibung eine schriftliche Reklamation liege oder nicht.

Vielmehr bleibt in Fällen wie der vorliegende nach den zitierten gesetzlichen Bestimmungen dem Kläger zur Unterbrechung der Verjährung kein anderes Mittel, als die *Anstellung der Klage.* Daß darunter keinesfalls die Anhebung der Betreibung fallen kann, erscheint zweifellos; ist doch die betreibungsrechtliche Prosequierung von Rechten etwas von der prozessrechtlichen Geltendmachung durchaus und grundsätzlich Verschiedenes. In Art. 154 O. R. ist denn die Betreibung demgemäß auch neben der Klage besonders und ausdrücklich genannt.

Die derartige Regelung der Dinge im Transportgesetz erscheint übrigens auch durchaus sachgemäß und vernünftig und war zweifellos vom Gesetzgeber gewollt. Nimmt nämlich die Bahnverwaltung gegenüber den Reklamationen angeblich Entschädigungsberechtigter eine ablehnende Haltung ein, so hat die Anhebung einer Betreibung gar keinen Sinn mehr und kann zu nichts führen, sofern man wenigstens davon ausgeht, daß die Prüfung der erhobenen Beschwerden durch die Bahnverwaltung eine ernsthafte sei. Das tut aber das Gesetz, indem es den Bahnverwaltungen eine eingehende Untersuchung aller Schadensfälle zur Pflicht macht. (Vgl. Art. 25 leg. cit.).

4. Nach dem Gesagten ist in dem zur Entscheidung stehenden Falle eine einjährige Verjährungsfrist — beginnend spätestens mit dem 25. Januar 1905 — ohne Unterbrechung durch den Kläger abgelaufen, mithin der geltend gemachte Schadenersatzanspruch verjährt.

Der Beklagten ist also die erhobene peremptorische Einrede zuzusprechen.

46. Art. 48 C. O. Responsabilité du falsus procurator? Elle s'étend à la réparation du dommage éprouvé par l'autre partie du fait qu'elle a été amenée à conclure un contrat

Digitized by Google

nul — negatives Vertragsinteresse —, mais non pas un remboursement du gain qui lui a échappé par suite de l'inexécution du contrat de la part de la partie non-obligée — Erfüllungsinteresse —.

Joseph Schaller contre Basile Koch.
11 décembre 1907 (Ire Chambre).

Extrait des considérants:

Il n'est pas contesté que ce contrat n'a pas été ratifié par le père Koch qui n'a pas livré son lait au demandeur et il est également établi que le demandeur pouvait et devait croire le défendeur autorisé à agir au nom de son père qu'il représentait souvent dans ses affaires.

L'art. 48 précité fait dépendre la responsabilité du falsus procurator des conditions suivantes: 1. Un contrat conclu antérieurement, 2. la nullité de ce contrat, 3. l'errerr excusable du co-contractant et 4. l'existence d'un dommage. Ces quatre conditions sont manifestement réalisées dans l'espèce. La responsabilité du défendeur doit donc être admise et il ne reste qu'à déterminer le montant du dommage.

Sous le nº 55 de sa demande, Joseph Schaller réclame comme suit le dommage dont il demande la réparation:

1.	Bénéfice perdu sur une quantitée vendue et non livrée de 50 litres par jour en moyenne, pour une année, durée du contrat	fr. 1085.85
2.	Débours pour l'action intentée au père Koch pour l'amener à exécuter le contrat	„ 65.15
3.	Honoraires payés à l'avocat Schaller pour cette action	„ 49.—
	Ensemble	fr. 1200.—

La question de savoir si c'est l'Erfüllungsinteresse qui est dû ou le negatives Vertragsinteresse est controversée en doctrine. Haberstich, traduction de Gilliéron, vol. I. p. 174, admet la première alternative, en disant que les dommages et intérêts comprennent tous les avantages que la conclusion du contrat aurait procurés à l'autre partie — cfr. Rossel Manuel p. 96, Schneider et Fick note 6 p. 113. — La jurisprudence a tranché la controverse dans le sens de la seconde alternative, — Voir Handelsrechtl. Entscheidungen Zürich vol. VII p. 373; vol. VIII p. 124 et 340; Zeitschrift des bern. Juristenvereins, vol. 36, pag. 423 et 426, Rec. off. vol. 25, IIe partie pag. 856 et 858 et vol. 27, IIe partie, pag. 209.

Digitized by Google

Le dommage dû par le faux mandataire en vertu de l'art. 48 C. O. ne correspond donc pas avec ce que le co-contractant aurait obtenu si la convention avait réellement été exécutée. — Erfüllungsinteresse —, mais correspond à ce que le co-contractant se trouverait avoir, notamment ce qu'il n'aurait pas dépensé si la convention nulle n'avait pas été passée — negatives Vertragsinteresse — (V. la monographie de Marcusen dans Zeitschrift des bern. Juristenvereins, vol. 26 p. 128; Baron, Pandekten p. 234; Dernburg, Pandekten, vol. II § 10 note 10.) D'après ces principes, le demandeur n'est pas fondé à réclamer le gain qu'il aurait pu réaliser sur le lait qui aurait dû lui être fourni par le père Koch si le contrat eût été valable. Mais il peut réclamer des débours et honoraires qu'il a eu à supporter pour contraindre le père Koch a exécuter le contrat qu'il croyait avoir été conclu par l'entremise du fils Koch, soit la somme de fr. 114. 15 qui n'apparait pas comme exagérée.

Il se peut que le demandeur ait éprouvé un dommage supérienr en ce sens que s'il n'avait pas cru pouvoir compter sur la fourniture de lait de Koch il n'aurait pas pris la fruiterie de Corban et que l'exploitation de cette dernière a été plus onéreuse que s'il avait obtenu réellement les 300 litres de lait qui lui étaient garantis par jour et qu'il a eu de ce chef des débours pour frais généraux hors de proportion avec la quantité de lait qui lui a été fournie. Toutefois la demande n'a pas été établie à ce point de vue et ne contient, dès lors, pas les données nécessaires pour apprécier un semblable dommage dont le défendeur serait comptable.

47. Zum Begriff des Fixgeschäftes: Lieferung auf „Anfang Juni"; Art. 87 O. R.

Köhler ca. Schönenberger.
12. Dezember 1907 (II. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

In rechtlicher Beziehung ist davon auszugehen, daß anerkanntermaßen beide Parteien Kaufleute sind und daß die von der Beklagten beim Kläger bestellten Waren zum Wiederverkauf bestimmt waren. Man hat es in der Tat also mit einem kaufmännischen Verkehr im Sinne von Art. 234 O. R. (Schneider & Fick, Note 2 das.) zu tun und es sind die betr. Bestimmungen hier anwendbar. Fragt man sich nun, ob zwischen Parteien ein bestimmter Lieferungstermin ver-

Digitized by Google

einbart worden sei, so würde allerdings Art. 87, Al. 1 O. R dafür sprechen, daß unter dem Ausdruck „Anfang Juni" der *erste* Juni zu verstehen war, allein diese Bestimmung hat bloß die Bedeutung einer *Präsumption in Ermangelung eines deutlich erkennbaren Parteiwillens betreffend die Tragweite einer solchen Bezeichnung.* Sobald dagegen feststeht, daß die Parteien unter dem Ausdruck „Anfang Juni" nicht den ersten Juni verstanden wissen wollten, so ist der Parteiwille maßgebend und kann keine Rede davon sein, entgegen diesem Willen die gesetzliche Präsumption von Art. 87 O. R. zur Geltung zu bringen.

Nun hat, wie erwähnt, die Beklagte sich auf den Standpunkt gestellt, unter „Anfang Juni" sei der Zeitraum vom 1. bis 15. Juni zu verstehen und es hätte die Lieferung innert der genannten Frist erfolgen sollen und es hat sie der Kläger bei dieser Erklärung förmlich behaftet, worauf sie selbst in Art. 77 der Duplik neuerdings ausdrücklich konstatierte, daß der Art. 87 O. R. hier ganz außer Betracht falle.

Heute hat zwar die Beklagte den Versuch gemacht, den Art. 87 wiederum als maßgebend herbeizuziehen, allein dem gegenüber ist zu bemerken, daß es sich hier um die Interpretation einer Vertragsbestimmung handelt, d. h. um eine *Tatfrage* und daß, nachdem beide Parteien übereinstimmend darauf abgestellt haben, daß unter dem Ausdruck „Anfang Juni" nicht der erste Tag, sondern die erste Periode des Monats verstanden sein sollte, es nicht angeht, sich seitens der Beklagten nachträglich auf den Standpunkt zu stellen, daß Art. 87 O. R. hier doch zutreffe. Das Gericht ist vielmehr an die aktenmäßige Feststellung des gegenwärtigen Parteiwillens gebunden und es muß die Beurteilung des Rechtsstreites auf *dieser* Grundlage erfolgen. Es bleibt mithin dabei, daß die Waren gemäß Parteivereinbarung in der ersten Zeitperiode des Juni zu liefern waren.

Die Beklagte will nun aber dieser Vertragsbestimmung die Tragweite beilegen, daß im Sinne von Art. 123 O. R. spätestens bis 15. Juni 1906 die Ware hätte geliefert werden sollen; allein daß dies die Absicht der Parteien gewesen, ergibt sich keineswegs von selbst, sondern es hätte die Beklagte solches zu beweisen gehabt. Diesen Beweis hat sie aber in keiner Weise erbracht und es ist daher anzunehmen, daß unter der Bezeichnung „Anfang Juni" lediglich die Anfangsperiode des Monats Juni gemeint war. Sobald aber

Digitized by Google

für die Lieferung ein so weiter Spielraum gelassen wird, hat man es mit keinem bestimmten Lieferungstermin im Sinne von Art. 234 O. R. zu tun und cessiert die Vermutung für die Annahme eines Fixgeschäftes (s. Schweiz. Bl. für handelsrechtliche Entscheid., Bd. 17, S. 202 ff.).

Gegen die Annahme eines Fixgeschäftes spricht übrigens auch der Umstand, daß es sich laut dem Expertengutachten nicht um Saison- oder Modewaren handelt und normalerweise werden denn auch bezüglich solcher Waren — Kissen, Blusen u. dgl. — keine Fixgeschäfte abgeschlossen.

48. I. Nach welchem Rechte richtet sich die Verjährung einer Forderung?

II. Abstrakte Schuldanerkennung: Zur Anfechtung einer solchen genügt nicht die blosse Bestreitung, dass man etwas schulde, sondern es muss dargetan werden, dass die Anerkennung auf einem Willensmangel beruhe.

Jakob Anderegg u. Mithafte ca. Peter Anderegg u. Mithafte. 20. Dezember 1907 (II. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Hier entsteht in erster Linie die Frage, nach welchem Rechte sich die Verjährung des in Rede stehenden Forderungsanspruches richtet. In dieser Hinsicht steht sowohl die Praxis des Bundesgerichts als auch diejenige des hierseitigen Gerichts auf dem Boden, die Verjährung richte sich nicht etwa nach dem Rechte des Wohnortes des Schuldners, sondern nach demjenigen, welchem die Obligation nach Wesen und Wirkung unterstellt ist (vgl. Zeitschr. des bern. Jur.-Ver., Bd. 43, S. 611 und dortige Zitate) und den nämlichen Standpunkt vertritt auch die Doktrin (s. v. Bar, Internat. Privatr. II, S. 99). Vorliegend ist man aber im Unklaren über den *Ort* der Ausstellung der fraglichen Schuldanerkennung, über den Fälligkeitstermin der betreffenden Forderung u. s. w. und es muß daher, da man keinen Anhaltspunkt für die Anwendbarkeit fremden Rechtes besitzt, das ganze Schuldverhältnis nach dem einheimischen, d. h. nach dem im Jahr 1875 geltenden *altbernischen Rechte* beurteilt werden. Geht man nun von der für den Schuldner günstigsten Möglichkeit aus, daß die Schuldsumme der Fr. 15,000.— *sofort* fällig gewesen sei, so hätte die Verjährung in der Tat im Jahre 1875 zu laufen begonnen, allein Peter Anderegg gibt selbst zu, daß im Jahre 1878 in *Vivis* gegen ihn der Konkurs eröffnet und durchgeführt worden sei, und es greift

Digitized by Google

daher die Bestimmung von § 597 in fine V. V. Platz, wonach die Forderungen an einen Geltstager keiner Ersitzung (Verjährung) unterworfen sind. Diese Bestimmung findet auch Anwendung auf Forderungen, welche im Geltstage nicht eingegeben oder abgewiesen wurden (Zeitschr. des bern. Jur.-Ver., Bd. 3, S. 387, Nr. 12; Bd. 17, S. 282). Sie ist, obschon sie im Vollziehungsverfahren figuriert, *materiellrechtlicher Natur* (s. Meili, Internat. Privat- und Handelsrecht I, S. 212), hat daher auch eine Modifikation der Satzg. 1041 C. bedingt (Niggeler u. Vogt, Anmerk. 3 das.) und es erscheint deshalb gleichgültig, daß man es nicht mit einem bernischen Geltstag, sondern mit einer waadtländischen Güterabtretung zu tun hat, denn die ratio legis für den Ausschluß der Verjährung ist in beiden Fällen die nämliche. Danach war also vom Jahre 1878 an die Verjährung der betreffendeu Forderung des Vaters Anderegg an Peter Anderegg ausgeschlossen.

Mit dem Inkrafttreten des Schweiz. Obligationenrechts fiel nun allerdings die Vorschrift des § 597 V. V. betr. Ausschluß der Verjährung von Forderungen an einen Geltstager als solche dahin, dagegen machten von da hinweg gemäß Art. 883, Al. 3 O. R. betreffend die Unterbrechung sowohl als die *Sistierung* der Verjährung die Vorschriften dieses Gesetzes Regel (B. G. E. Bd. XII, S. 864) und da Peter Anderegg seit 1885 außerhalb der Schweiz landesabwesend ist, stand die Verjährung jedenfalls seit damals still (Art. 153, Z. 6 O. R.); die Bestellung eines außerordentlichen Beistandes des P. Anderegg in der Person des Peter Zumbrunn in Unterbach begründet nämlich nicht etwa einen Gerichtsstand des Erstern in der Schweiz (s. Zeitschr. d. b. J.-V., Bd. 30, S. 542, Nr. 13).

Von einer Verjährung des in Rede stehenden Anspruches kann mithin keine Rede sein und die peremptorische Einrede des Beklagten Peter Anderegg stellt sich mithin als unbegründet dar.

Endlich bestreitet P. Anderegg, daß der fraglichen Schuldanerkennung ein materielles Schuldverhältnis zu Grunde liege.

Nun ist allerdings richtig, daß nach den gegenseitigen Parteierklärungen bloß feststeht, daß P. Anderegg im Jahre 1875 zu Gunsten seines Vaters eine schriftliche Schuldanerkennung über Fr. 15,000.— ausgestellt hat, ohne daß von der Angabe eines Schuldgrundes die Rede wäre. In der Ausstellung eines solchen Schuldscheines kann entweder ein

Digitized by Google

einfaches *Selbstzeugnis* zu erblicken sein oder aber ein eigentlicher *Schuldanerkennungsvertrag*, bei dem man behaftet sein will. Hier hat man es offenbar mit einem Schuldanerkennungsvertrage zu tun und in diesem Falle genügt zur Anfechtung der Schuldanerkennung nicht die bloße Bestreitung, daß man etwas schulde, sondern es muß dargetan werden, daß die Anerkennung auf einem Willensmangel beruhe (Regelsberger, Pand. I, S. 627 ff.; Kipp-Windscheid, Pand. II, § 412 b; Seuff. Arch. N. F. 19, Nr. 93, 15, Nr. 250). Diese Grundsätze müssen auch für eine unter der Herrschaft des altbernischen Rechtes ausgestellte Schuldanerkennung zur Geltung kommen, denn Art. 15 O. R. ist nur der Niederschlag der in Betreff der Gültigkeit der cautio indiscreta herrschenden Meinung (s. Vogt, leichtfaßliche Anleitung, S. 43). Somit genügte die Bestreitung der Existenz eines materiellen Schuldverhältnisses seitens des Peter Anderegg nicht zur Anfechtung der Schuldanerkennung von 1875. Uebrigens wäre es, selbst wenn man es mit einem bloßen Selbstzeugnis des P. Anderegg zu tun hätte, Sache des Letztern gewesen, sein Selbstzeugnis durch die Darlegung des wirklichen Sachverhaltes zu entkräften und sich nicht auf die Negative zu beschränken (Leonhard, Die Beweislast, S. 208 ff.). Dies durfte von ihm umsomehr verlangt werden, als die nackte Restreitung einer causa debendi im Grunde darauf hinausläuft, daß man es mit einem Schenkungsvertrage zu tun habe (Leuenberger, Vorles. II², S. 641), während diese Annahme unter den obwaltenden Umständen sehr wenig plausibel erscheint, zumal laut der Deposition des Gemeinderatspräsidenten F. Ritschard zu Art. 59 das betreffende Schuldbillet *von dem Verkauf des Holzwarenmagazins herrührte*, also keineswegs eines Schuldgrundes ermangelte.

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

39. Die Bestimmung des Art. 5 der Verordnung über die Ortspolizei vom 12. November 1832 betr. das *polizeiliche Bußeröffnungsverfahren* ist durch das Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen *aufgehoben* worden.

Begriff des appellablen Vor- und Zwischenentscheides.

Polizeikammer, i. S. Albrecht Rothen, wegen Widerhandlung gegen das Sonntagsruhereglement der Gemeinde Bern, vom 24. Juni 1908.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe:

„I. Unterm 18. November 1907 wurde eine Strafanzeige eingereicht gegen Albrecht Rothen wegen Widerhandlung gegen das Sonntagsruhereglement der Stadt Bern, deren er sich dadurch schuldig gemacht haben soll, daß er seinen Verkaufsladen Sonntags den 17. gl. Mts. *auch während des Nachmittags* offen gehalten und Kunden bedient habe.

Diese Strafanzeige ist am 23. November 1907 dem Regierungsstatthalteramt Bern und am 26. gl. Mts. von diesem dem Richter überwiesen worden.

Am 20. Dezember 1907 stellte der Polizeirichter von Bern zu handen der Staatsanwaltschaft den Antrag auf Aufhebung des Verfahrens gegen Rothen, mit der Begründung, daß das in Art. 5 der Verordnung über die Ortspolizei vom 12. November 1832 vorgesehene Bußeröffnungsverfahren nicht stattgefunden habe.

Der Staatsanwalt des Mittellandes stimmte jedoch — von der Ansicht ausgehend, daß der mehrerwähnten Verordnung durch die Bestimmungen des Strafverfahrens derogiert worden sei und das Bußeröffnungsverfahren demgemäß nur mehr dort Anwendung finden könne, wo es durch ausdrückliche Gesetzesbestimmungen sanktioniert ist — diesem Antrage nicht bei, sondern übermittelte die Akten an das Regierungsstatthalteramt I von Bern zur Vernehmlassung über diese Frage und mit der Einladung, auch der städtischen Polizeidirektion zur Ansichtsäußerung Gelegenheit zu geben.

Diese letztere äußerte sich daraufhin in einem Bericht vom 17. Januar 1908 folgendermaßen:

„Unterm 21. September 1907 hat der Regierungsrat im Rekursfalle Wyß u. Cons. (Monatsschr. für bern. Verwaltungsrecht und Notariatswesen, 1907, Heft 10) entschieden: „„Da das Gesetz über die Sonntagsruhe das Bußeneröffnungsverfahren durch die Organe der Gemeindepolizei nicht vorsieht und dieses Verfahren als ein Ausnahmeverfahren nur dort zur Anwendung gelangen kann, wo es durch Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, so müssen in casu die Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens platzgreifen. Widerhandlungen sind somit in jedem Falle dem Richter zu verzeigen.““

Wir teilen diese Ansicht nicht, halten vielmehr dafür, daß gemäß Art. 5 der Verordnung des Regierungsrates über die Ortspolizei vom 12. November 1832, die Ortspolizei befugt ist, alle Widerhandlungen gegen ortspolizeiliche Ver-

Digitized by Google

ordnungen selbst zu ahnden, wie dies bisher auch so gehandhabt wurde, ohne daß hieraus irgendwelche Inkonvenienzen sich ergaben.

Wir ersuchen daher um bestimmte Weisung, wie wir uns künftig hinsichtlich der Polizeiverordnung betr. die Sonntagsruhe zu verhalten haben."

Nach Erhalt dieses Berichtes gab die Staatsanwaltschaft dem Polizeirichter die Weisung, die Akten an die Anklagekammer einzusenden zum Zwecke der Beurteilung der Frage, ob er — der Polizeirichter — sich mit der Sache zu befassen habe oder nicht, worauf die Anklagekammer denselben durch Entscheid vom 14. Februar 1908 anwies, die Sache zur Beurteilung zu bringen.

Im Termin vom 24. Februar 1908 sodann fällte der Polizeirichter von Bern — in der Meinung, daß die mehrerwähnte Verordnung vom 12. November 1832 auch mit Bezug auf das darin statuierte Bußeröffnungsverfahren noch zu Recht bestehe — in Sachen folgendes Urteil aus:

„Der Klage gegen Albrecht Rothen wird hierorts vorderhand keine weitere Folge gegeben. — Die Akten gehen zurück an die städtische Polizeidirektion zur Einleitung des in Art. 5 der Verordnung vom 12. November 1832 vorgesehenen polizeilichen Bußeröffnungsverfahrens...."

Gegen dieses Urteil erklärte die Staatsanwaltschaft die Appellation.

II. Da man es hier nach dem Gesagten nicht mit einem *Endurteil* zu tun hat, so bleibt — zum Zwecke der Beurteilung der Frage, ob das fragliche Erkenntnis überhaupt der Appellation zugänglich sei — lediglich zu prüfen übrig, ob es sich als ein *appellabler Vor- oder Zwischenentscheid* darstellt. Als Vor-, bezw. Zwischenentscheid im Sinne des Gesetzes ist, wie die Polizeikammer schon oftmals ausgesprochen hat (vgl. u. a. Monatsbl. für bern. Rechtspr. Bd. XII, S. 359 ff., insbes. S. 363/64), jedes Erkenntnis anzusehen, in welchem die *prozeßualischen Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung des Verfahrens* zur Erörterung und zur Beurteilung gelangen. Da zu diesen Voraussetzungen auch die *sachliche Zuständigkeit* des mit der Sache befaßten Richters gehört, so stellt sich ein Erkenntnis, wie das vorliegende, durch das die sachliche Zuständigkeit des Richters entweder bejaht oder verneint wird, in der Tat als Vor- bezw. Zwischenentscheid im Sinne des Gesetzes dar. Dies hat mit Rücksicht darauf, daß in casu die Hauptsache

Digitized by Google

appellabel ist, zur Folge, daß das Forum der Polizeikammer für eine oberinstanzliche Ueberprüfung jenes Entscheides offen stehen muß (vgl. hierüber auch Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. 43, S. 97 ff.).

III. In der Sache selbst, d. h. mit Bezug auf die Frage ob die mehrerwähnte Verordnung vom 12. Nov. 1832 in dem die Rekursinstanz beschäftigenden Punkte noch Gültigkeit besitze, oder ob ihr durch spätere Erlasse derogiert worden sei, ist zunächst zu bemerken, daß dies zwar durch das Gemeindegesetz vom Jahre 1852 nicht geschehen ist, indem dasselbe in seinem § 7 ausdrücklich bestimmt, daß es hinsichtlich der Organisation der Ortspolizei bis zum Erlaß eines bezüglichen Gesetzes beim Bestehenden bleibe. Anders dagegen verhält es sich mit Bezug auf das Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen vom 1. August 1854. Durch dieses sind nach Ansicht der Polizeikammer *alle* früheren, das Verfahren in Strafsachen beschlagenden Erlasse aufgehoben worden. Hiefür spricht einmal der Umstand, daß in Art. 2 des Promulgationsdekretes vom 7. Oktober 1850 ausdrücklich bestimmt ist, daß vom Moment des Inkrafttretens des neuen Gesetzbuches über das Verfahren in Strafsachen (1. Januar 1851) hinweg „*alle* gegenwärtig in dem Kanton in Kraft bestehenden Gesetze, Instruktionen, Weisungen und Verordnungen über das Verfahren in Strafsachen aufgehoben" seien. In dem darauf folgenden Art. 3 dieses Dekretes ist die Verordnung vom 12. November 1832 zwar nicht speziell aufgeführt. Es vermag dies aber am Gesagten schon deshalb nichts zu ändern, weil diese Aufzählung, wie sich aus dem Ingreß dieses Artikels, lautend: „*Insbesondere* sind aufgehoben" zur Evidenz ergibt, keine erschöpfende, sondern eine bloß exemplifizierende ist. Für die Tatsache, daß der Verordnung vom 12. November 1832 durch das Strafverfahren derogiert wurde, spricht ferner auch der Umstand, daß in Art. 6 des vorerwähnten Promulgationsdekretes bestimmt ist, daß jeder Fall, der zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Gesetzbuches erstinstanzlich noch nicht beurteilt ist..., durch die neuen Behörden *und nach den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes* verfolgt und erledigt werden solle. Diese Auffassung findet fernerhin ihre Bestätigung darin, daß nach Art. 8 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 30. Januar 1866 in allen nach dem vorhergehenden Artikel vom Gerichtspräsidenten zu beurteilenden Fällen mit Einschluß derjenigen, die ihm

Digitized by Google

durch *besondere Gesetze* übertragen werden (vgl. insbesond. Ziff. 4 des Art. 7 cit.), das für Polizeiübertretungen vorgeschriebene, mithin insbesondere auch das in Art. 287 St. V. statuierte summarische Verfahren anzuwenden ist, — und schließlich auch darin, daß nach Art. 1 Str. V. „eine Strafe nur..... unter Beobachtung der *gesetzlichen* Formen verhängt werden kann." Dafür, daß das in der Verordnung vom November 1832 vorgesehene Bußeröffnungsverfahren auch von den gesetzgebenden Behörden als aufgehoben angesehen wird, spricht ferner auch der Umstand, daß dieses Verfahren in mehreren neueren Polizeigesetzen ausdrücklich Aufnahme gefunden hat, was bei gegenteiliger Ansicht nicht nötig und darum nicht verständlich wäre.

Mit dieser Auffassung setzt sich die Polizeikammer übrigens keineswegs in Widerspruch zu dem vom Polizeirichter angerufenen Entscheid i. S. Nikl. Witschi und Rud. Althaus vom 21. November 1906 (Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. 43, S. 458). Dort war nämlich die Frage des Zurechtbestehens der mehrerwähnten Verordnung gar nicht zu prüfen. Es wurde daselbst vielmehr lediglich eine Aufzählung derjenigen Erlasse vorgenommen, welche das Bußeröffnungsverfahren überhaupt kennen.

IV. Im Sonntagsruhereglement für die Stadt Bern hat nun dieses Bußeröffnungsverfahren nicht Aufnahme gefunden. Es konnte dies übrigens in rechtsgültiger Weise auch nicht geschehen, weil die Aufstellung einer dem Strafverfahren derogierenden Bestimmung überhaupt *nur durch Gesetz* möglich ist.

Der Polizeirichter von Bern hat demnach in dem zu überprüfenden Entscheide auf eine Gesetzesbestimmung abgestellt, die keine Gültigkeit mehr besitzt. Dadurch sind aber *fundamentale Grundsätze* des Strafprozesses verletzt worden, was nach konstanter Praxis der Polizeikammer eine Kassation des fraglichen Entscheides kraft der der Appellation innewohnenden kassatorischen Funktion (vgl. Zeitschr. des bern. Jur.-Ver., Bd. 43, S. 271 ff.) zur Folge haben muß.

Bemerkung. Dieser Entscheid wird mit Rücksicht auf seine grundsätzliche Bedeutung außerhalb der ordentlichen Reihenfolge publiziert.

40. B. G. betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden. Strafausmessung.

Polizeikammer i. S. Ernst Schmied, vom 13. November 1907.

Entscheidungsgründe:

„Der Polizeirichter von Konolfingen hat den Angeschuldigten schuldig erklärt der Widerhandlung gegen das B. G.

Digitized by Google

betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden und zu einer Buße von Fr. 12, sowie zur Bezahlung der auf Fr. 12 bestimmten Staatskosten verurteilt. Dieses Urteil hat der Angeschuldigte ohne weiteres angenommen.

Die vom Vorderrichter ausgesprochene Buße entspricht den Verhältnissen des vorliegenden Falles in keiner Weise. Die Polizeikammer hat bei Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden in konstanter Praxis am Grundsatze festgehalten, daß die auszusprechende Buße im *Minimum* die Höhe des Betrages erreichen solle, um welchen der Widerhandelnde sich zufolge der strafbaren Handlung bereichert, bezw. um welchen er den Staat durch Nichteinlösen der vorgeschriebenen Taxkarte geschädigt hat. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Lorenz Hieber, vom 23. Mai 1906, Zeitschrift des bern. J. V., Bd. XLIII, S. 159). Nach Art. 2 des zitierten Bundesgesetzes hätte der Angeschuldigte zum mindesten eine Taxe für ein halbes Jahr zu *Fr. 100* entrichten müssen. Damit die Buße den Charakter einer Strafe d. h. einer Sühne für das begangene Unrecht erhält, rechtfertigt es sich bei der Ausmessung über den Betrag hinauszugehen, welchen der Angeschuldigte hätte bezahlen müssen, wenn er der gesetzlichen Vorschrift nachgelebt hätte. Eine Buße von Fr. 120 dürfte den Verumständungen des Falles entsprechen."

(Gleiche Entscheide i. S. Kollbrunner, vom 23. November 1907, i. S. Aeberhardt & Kyburz, vom 10. Juni 1908, i. S. Dürring, vom 15. Juli 1908.)

41. Faux en écriture privée.

Titre privé, susceptible de faire l'objet d'un faux en écriture privée.

L'usage d'objet falsifié commis par l'auteur même du faux rentre dans le délit de faux en écriture et ne constitue pas un délit distinct.

Chambre de police, arrêt du 19 nov. 1907 dans la cause M.

Extrait des considérants:

„1. Sous la date du 20 février 1906, le juge d'instruction du district de Porrentruy fut saisi d'une plainte portée par J. S. contre J.-B. M., pour faux en écriture privée et usage de faux. Une enquête fut ouverte sur les faits relevés dans cette plainte, à la suite de laquelle M. fut renvoyé, par le juge d'instruction d'accord avec le procureur d'arron-

Digitized by Google

dissement, devant le tribunal correctionnel du district de Porrentruy sous la prévention de:

1. *Faux en écriture privée* commis en insérant après coup, dans le texte ou corps d'une convention ou contrat, en date du 3 mai 1905, que lui avait signé le plaignant J. S., les mots: „et conforme à ma lettre“ à la suite de celui de „pièce“ figurant à la septième ligne de cette convention, le préjudice causé ou celui que le prévenu a voulu causer dépassant 30 francs sans excéder 300 francs;

2. *usage d'objet falsifié* commis par le fait que dans une procédure civile liée entre le plaignant J. S., comme demandeur, et le prévenu M., comme défendeur, ce dernier se prévaut, invoque et produit à l'appui des Nos 13 bis, 14, 17 et 20 de sa défense, la convention altérée et notamment des mots „et conforme à ma lettre“ qui, dit-il, se rapportent à une lettre écrite par lui à S. antérieurement à l'acte du 3 mai 1905 et dans laquelle il stipulait que les perches achetées et à livrer devaient avoir 14 m. de longueur sur 0,13 m. de diamètre, le préjudice causé ou celui qui aurait pu résulter de cet usage étant supérieur à 30 fr. mais ne dépassant pas 300 francs.“

„2. Voici, en substance, dans quelles circonstances le prévenu se serait rendu coupable des deux délits qui lui sont reprochés:

Le 3 mai 1905, il serait intervenu entre le prévenu et le plaignant la convention suivante:

> Convenu avec M. S. pour livraison franco gare X. de 200 perches comme celles écorcées qui se trouvent devant l'habitation de M. S. à fr. 3.90 rendus gare X.
>
> Plus 10 m³ bois de charpente à fr. 18.50 le m³ gare X. écorcé. Valeur 90 jours.

S. livra les perches à la gare de X.; quand il en eut livré 172 M. lui écrivit de „ne plus rien livrer avant de recevoir un ordre“. „Je verrai,“ dit-il dans sa carte postale du 23 mai 1905, „celles qui sont en gare de X. et vous dirai le bien trouvé. J'ai vu quelques pièces qui ne sont pas conformes à la commande.“

Là-dessus prit M. les 120 plus belles perches, laissant les 52 autres sur le quai de la gare. S. qui avait conduit à la gare les perches qui se trouvaient devant chez lui, n'y comprit plus rien. Il actionna M. en paiement des 172 perches livrées. M. qui avait fait opposition au commandement

Digitized by Google

de payer sans reconnaître devoir un centime, offrit en conciliation de payer le prix des plus grosses perches — celles qu'il avait prises — par 468 fr. Cette offre qui ne réservait pas les droits de S. pour le solde fut repoussée. Un exposé de demande tendant au paiement de fr. 670.80, prix de 172 perches fut déposé par S. Avant de produire sa défense, M., par l'organe de son avocat paya, la somme de 468 fr. offerte, mais il fut convenu que les droits de S. pour le solde étaient expressément réservés.

Dans sa défense, M. prétendit qu'il avait été convenu entre parties que les perches devaient avoir 14 m. de longueur et 13 cm. de diamètre. A l'appui de ce fait, M. a invoqué la convention du 3 mai 1905, à laquelle il aurait, de sa main et après coup, ajouté les dispositions suivantes:

1. Après la phrase „qui se trouve devant l'habitation de M. S.", M. aurait ajouté „14 m. long. et 13 cm. diam."; 2. après „fr. 3.90 rendu gare X." sur la ligne restée vide, M. aurait intercalé „et conforme à ma lettre". Cette convention ainsi modifiée a été invoquée par M. dans sa défense, à l'appui des faits articulés sous N° 13 bis, 14, 17 et 20."

„5. ....La convention du 3 mai 1905 constitue bien un titre privé, susceptible de faire l'objet d'un faux en écriture privée. Il a été prétendu en plaidoirie que même si l'on admettait que les mots „et conformes à ma lettre" avaient été insérés après coup dans la convention du 3 mai 1905, le fait reproché au prévenu ne constituerait pas le délit de faux en écriture privée, attendu que par l'adjonction de ces mots il n'avait été matériellement rien changé au contrat, puisque, d'après la déclaration du plaignant, les dimensions qui, seules, pouvaient apporter une modification, ne figuraient pas dans la lettre en question. Mais ce raisonnement est erroné. *La force probante* de ce titre n'entre pas en considération ici; il y a simplement lieu de tenir compte de sa *destination comme moyen de preuve* (arr. de la chambre de police du 13 juin 1906, en la cause Ulrich-Alfred Gerber). Cette destination seule imprime à ce titre le caractère d'un faux. M. n'a pas ajouté les mots „et conformes à ma lettre" pour son plaisir. Il renvoyait à cette lettre, dans laquelle, prétend-il, les dimensions se trouvaient indiquées, pour que, en cas de difficulté, il puisse invoquer la convention ainsi altérée. C'est aussi ce qu'il a fait, puisqu'il a résisté à l'action civile que lui a intentée

Digitized by Google

S. et que, dans sa défense, il a invoqué la dite convention. C'est précisément ici que se révèle l'élément moral du délit qui lui est reproché, comme d'ailleurs aussi dans le fait qu'il a voulu porter préjudice à S. en refusant de prendre livraison des 52 perches laissées sur le quai de la gare de X., sous prétexte qu'elles ne répondaient pas aux conditions de la convention.

Au vu de tout ce qui précède on doit admettre que tous les éléments du délit prévu à l'art. 110 c. p. se trouvent réunis en l'espèce.

Le prévenu a été renvoyé en outre pour *usage d'objet falsifié* et, en première instance, il a aussi été déclaré coupable de ce délit. La chambre de police a déjà reconnu à maintes reprises que ce délit, lorsqu'il est commis par l'auteur même du faux, ne constitue pas un délit distinct, mais rentre dans le délit de faux en écriture prévu à l'art. 110 c. p. (arr. de la Chambre de police du 29 décembre 1894 en la cause Flückiger, Revue mensuelle de jurisprudence bern., vol. XII, p. 26). Le prévenu ayant lui-même fait usage du faux qu'il a commis, il ne saurait donc en outre être déclaré coupable d'usage de faux."

42. Reglement betr. die Sonntagsruhe in der Gemeinde Bern. Die Sonntagsarbeit des Arbeitgebers ist gestattet, sofern sie nicht Lärm verursacht oder in anderer Weise Anstoss erregt und nicht in einem dem Publikum offengehaltenen Verkaufsladen oder Magazin vorgenommen wird.

Polizeikammer, i. S. Fr. J. Michel, vom 30. November 1907.

Entscheidungsgründe:

„I. Der Angeschuldigte gibt zu, daß er auch an Sonntagen in seiner Coiffeurbude den Beruf ausübe und zwar unter Mitwirkung seiner Ehefrau; einen Arbeiter beschäftigte er aber nicht. Michel teilt im weitern mit, daß er in seinem Geschäfte auch Parfümerieartikel führe, daß er aber dieselben am Sonntag soweit möglich entferne oder, wenn dies nicht angeht, mit einem Tuche verdecke.

II. Der Polizeirichter von Bern sprach den Angeschuldigten in seinem Erkenntnisse vom 26. September 1907 von der Anschuldigung auf Widerhandlung gegen das Sonntagsruhereglement der Gemeinde Bern vom 7. Oktober 1906 mangels eines diesbezüglichen Tatbestandes frei. Er nahm an, daß der Angeschuldigte als Arbeitgeber nicht bestraft werden könne, da sich das Verbot der Sonntagsarbeit in

Digitized by Google

Art. 1 des zitierten Reglementes, sofern kein lärmendes oder Anstoß erregendes Gewerbe vorliege, nur auf die Arbeit von Arbeitern oder Angestellten beziehe. Eine Widerhandlung gegen Art. 4 des Reglementes könne nicht angenommen werden, weil kein Beweis dafür erbracht sei, daß der Angeschuldigte an Sonntagen Parfümerieartikel *verkauft* habe.

III. Art. 1 des Reglementes betr. die Sonntagsruhe in der Gemeinde Bern bestimmt: „An den öffentlichen Ruhetagen sind alle Beschäftigungen, welche von Angestellten, oder Arbeitern in kaufmännischen, industriellen, gewerblichen, handwerksmäßigen und landwirtschaftlichen Betrieben, in öffentlichen und privaten Bureaux ausgeübt werden, sowie Arbeiten, durch welche Lärm verursacht oder in anderer Weise Anstoß erregt wird — vorbehältlich der Bestimmungen der Art. 2 und 3 — untersagt." Die Polizeikammer hat in ihrem Urteile i. S. Abraham Bloch vom 17. Juni 1907 (Zeitschrift des bern. Jur.-Ver., Bd. 43, S. 519) festgestellt, daß nach dieser Gesetzesbestimmung an Sonn- und Feiertagen jede Arbeit von Angestellten und Arbeitern, welche sich als eine geschäftliche Verrichtung in den betreffenden Betrieben qualifiziert, sowie alle andern Arbeiten, welche Lärm verursachen oder Anstoß erregen, verboten sind, und daß in die letztere Kategorie vorab die *geschäftlichen Arbeiten der Arbeitgeber* und sodann jede andere nicht geschäftliche Tätigkeit irgend eines Bürgers falle. Nach der in diesem Urteil auf Grund des dort festgestellten Tatbestandes festgelegten Auffassung der Polizeikammer ist also die Sonntagsarbeit des Arbeitgebers nach Art. 1 des Reglementes gestattet, sofern sie nicht Lärm verursacht oder in anderer Weise Anstoß erregt. Im vorliegenden Falle tritt nun als neues Moment der Umstand hinzu, daß der Arbeitgeber seine Tätigkeit in einem zugleich als Verkaufsladen dienenden Lokale ausgeübt hat. Es ist zu untersuchen, welche Bedeutung diesem Momente hinsichtlich der Frage, wieweit die Sonntagsarbeit des Arbeitgebers erlaubt sei, zukommt.

Art. 4 bestimmt, daß vorbehältlich der Bestimmungen des Art. 5 die Verkaufsläden und Magazine an den öffentlichen Ruhetagen beständig geschlossen werden sollen. In Art. 5 ist alsdann das Offenhalten bestimmter Lokalitäten ausdrücklich gestattet. Diese beiden Artikel müssen mit Art. 1 notwendigerweise in Verbindung gebracht werden, sie ergänzen denselben, d. h. schränken ihn ein, insofern sie grundsätzlich — unter Vorbehalt von Ausnahmen —

Digitized by Google

jede Arbeit, also auch die des Arbeitgebers in seinem Verkaufsladen oder Magazin, überhaupt Geschäftslokal untersagen. Die Sonntagsarbeit des Arbeitgebers ist demnach gestattet, sofern sie nicht Lärm verursacht oder in anderer Weise Anstoß erregt und nicht in einem dem Publikum offen gehaltenen Verkaufsladen oder Magazin vorgenommen wird. Im vorliegenden Falle ist aber als bewiesen anzunehmen, daß der Angeschuldigte den Verkaufsladen nicht geschlossen hatte. Es genügt nicht, daß der Inhaber des Geschäftes oder Gewerbes den Verkaufsladen gegen die Straße zu schließt, aber in demselben die gewohnte werktägliche Beschäftigung vornimmt. Das Verbot des Ladenschlusses ist vielmehr seinem Zwecke entsprechend dahin auszulegen, daß in den Verkaufsläden und Magazinen jede geschäftliche Tätigkeit ruhen soll. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 4 — „beständig geschlossen halten" — und dem innern Zusammenhang des Art. 4 mit den übrigen Bestimmungen des Reglementes, insbesondere Art. 1, 2, 3 und 5 desselben. Art. 2, Ziff. 3 sieht „nach Mitgabe der in den nachstehenden Artikeln enthaltenen Bestimmungen" Ausnahmen von den in Art. 1 enthaltenen Vorschriften für Gewerbe vor, welche dem täglichen Bedürfnis dienen. In Art. 5 sodann wird das Offenhalten verschiedener Lokalitäten (nicht nur von *Verkaufs*läden, siehe Badanstalten, Panorama, etc.) gestattet. Die Coiffeurläden figurieren aber unter diesen Ausnahmen nicht.

Zum gleichen Ergebnisse führt aber auch die ratio legis. Wie die Polizeikammer schon im zitierten Urteile i. S. Abraham Bloch ausgeführt hat, ist das Verbot der Sonntagsarbeit im Interesse der Volkswohlfahrt aufgestellt und verfolgt in erster Linie hygienische Zwecke. Einem solchen Zwecke genügt aber natürlich das Schließen des Ladens gegen die Straße hin nicht, es muß vielmehr die *Arbeit*, die sonst in diesem Lokale ausgeübt zu werden pflegt, eingestellt werden. Dies erfordert sowohl der Schutz des Geschäftsinhabers vor den Folgen der Arbeitsüberlastung, als der Schutz des die Sonntagsruhe genießenden Publikums vor dem werktäglichen Betriebe. Art. 4 ist eine spezielle Anwendung des in den übrigen Bestimmungen des Reglementes (insbes. Art. 1), sowie im kantonalen Sonntagsruhegesetze und in Art. 82 der Kantonsverfassung aufgestellten Grundsatzes, daß die *Sonntagsarbeit* in bestimmtem Maße untersagt sein soll, auf die Verhältnisse bei Magazinen und Verkaufsläden.

Digitized by Google

Die von der Appellationsinstanz vertretene Auffassung wird endlich auch durch die Verhandlungen des Stadtrates gestützt. Der Stadtrat sprach sich in der Sitzung vom 1. Juni 1906 für den *gänzlichen Ladenschluß* der Coiffeurs aus, entgegen dem Antrag verschiedener Mitglieder, die entweder ein Offenhalten bis 11 Uhr oder 12 Uhr oder wie bisher vorgeschlagen hatten. Diesem Beschluß kann aber vernünftigerweise nur der Sinn beigemessen werden, daß in den Coiffeurläden an Sonntagen jeder geschäftliche Betrieb eingestellt bleiben soll, daß also weder der eigentliche Coiffeurberuf ausgeübt noch Parfümerie- und andere Artikel verkauft werden dürfen. Einer gesetzgebenden Behörde darf denn doch nicht zugemutet werden, daß sie bei der Beratung eines Reglementes, welches die Ausführung des in der Verfassung aufgestellten Grundsatzes der Sonntagsruhe bezweckt, den gänzlichen Schluß der Coiffeurläden beschließt, in der Meinung, daß der ganze werktägliche Betrieb im geschlossenen Laden vor sich gehen kann, sofern der Arbeitgeber keine Arbeiter beschäftigt und der Kunde anders, als durch den gegen die Straße gelegenen Haupteingang sich im Geschäfte einfindet.

Die gegenteilige Auffassung würde übrigens zu ganz merkwürdigen und den Tendenzen des Sonntagsruhegesetzes direkt zuwiderlaufenden Konsequenzen führen. So wäre es doch wohl eine Rechtsungleichheit, wenn man dem Coiffeur, der keine Arbeiter beschäftigt, gestatten würde, auch an Sonntagen zu arbeiten, sofern er den Laden geschlossen hält, während dagegen der Coiffeur mit Arbeitern den Betrieb einstellen müßte. Da in diesem Falle ferner das Publikum sich bei einzelnen selbst arbeitenden Coiffeurprinzipalen am Sonntag bedienen lassen könnte, so würde wenigstens ein Teil desselben diese Geschäfte bevorzugen, was hinwieder die andern Geschäftsinhaber zwingen würde, an Sonntagen auch zu arbeiten, um dieser Konkurrenz die Spitze zu bieten. Die von der Verteidigung befürwortete Auslegung des Sonntagsruhereglementes würde also in der Praxis gerade den Zustand herbeiführen, den der Stadtrat durch seinen oben angeführten Beschluß ausschließen wollte und der auch mit der Absicht des Sonntagsruhegesetzes nicht vereinbar ist. Der angeschuldigte Michel muß deshalb der eingeklagten Widerhandlung schuldig erklärt werden."

Digitized by Google

Bernische Administrativjustiz-Entscheide aus dem Jahre 1908.

Referent: Notar *J. Fellmann*, Bern.

13. ***Grundbuchführung.*** **1. Die Vorschrift des Art. 883 c. c. fr. über die Wirkungen der Erbschaftsteilung hat auf Betreibungspfandrechte keinen Einfluss. 2. Der Amtschreiber ist nicht gehalten, bei Befriedigung von im Grundbuch eingetragenen Hypothekargläubigern aus den bei der Hypothekarkasse aufgenommenen Darlehn sich über die materiellrechtliche Existenz des Pfandrechts zu vergewissern.**

Tatbestand:

Am 7. Mai 1904 wurde der dem L. Sch. in Laufen gehörende ideelle vierte Teil der Schloßgutsbesitzung zu Zwingen für eine Forderung des landesabwesenden J. J. im Betrage von Fr. 1908, die sich seither auf Fr. 850 reduziert zu haben scheint, betreibungsrechtlich gepfändet und die Pfändung im bezüglichen Register der Amtsschreiberei Laufen vorschriftsgemäß angemerkt. Im Zeitpunkt der Pfändung waren Eigentümer der übrigen drei Vierteile dieser Liegenschaft:

a) Dr. Remigius Sch. in Brunnstadt, und Maria geb. Sch., Ehefrau des R. T., in Willisau, je zu einem ideellen Viertel, und

b) Ida, Charles und Ernest C. in Delsberg, sowie Justin C. in Delsberg, zusammen ebenfalls zu einem ideellen Viertel.

Durch Kaufvertrag vom 29. April 1905 verkauften L. Sch., Remigius Sch. und Maria T. geb. Sch. ihre ideellen drei Viertel an der genannten Schloßgutsbesitzung der Bezirkskasse von Laufen und am 28. Oktober 1905 brachten die sämtlichen Eigentümer diese Besitzung an eine öffentliche Steigerung, an welcher dieselbe vom Miteigentümer Justin C., Notar in Delsberg, zum Alleineigentum erworben wurde.

Justin C. kontrahierte auf die genannte Besitzung laut Pfandbrief vom 20. Januar 1906 zu Gunsten der Hypothekarkasse des Kantons Bern ein Darlehn von Fr. 40,000, welches die Gläubigerin gemäß der Vorschrift des Art. 12 des Gesetzes vom 18. Juli 1875 über die Hyppthekarkasse dem Amtsschreiber von Laufen am 26. Januar 1906 nach Abzug der Provision mit restanzlichen Fr. 39,899 zur Ver-

Digitized by Google

fügung stellte. Diesen Betrag verwendete der Amtsschreiber folgendermaßen:

Fr. 33,025. 90 bezahlte er der Bezirkskasse Laufen zur Ablösung einer vorgehenden Hypothekarforderung;

„ 850. — wurden zur Beseitigung des vorbezeichneten Betreibungspfandrechtes an L. I. bezahlt, und

„ 4,023. 19 händigte er als Restanz dem Notar A. C. in Laufen aus für Rechnung des Darlehnsnehmers C.

Mit Eingabe vom 8. November 1907 stellt Advokat V. in Delsberg namens des Notars Justin C. auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 19. Mai 1851 an die Justizdirektion das Gesuch, es sei zu erkennen, der Amtsschreiber von Laufen habe sich dadurch, daß er aus dem Hypothekardarlehn den Betrag von Fr. 850 dem L. I., statt dem Gesuchsteller ausbezahlte, einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht, und er sei für den dem Gesuchsteller daraus entstandenen Schaden verantwortlich zu erklären. Zur Begründung dieser Begehren wird angeführt, die bloße Tatsache, daß im Grundbuch Betreibungs- oder andere Pfandrechte eingetragen seien, beweise noch nicht ihre wirkliche — materielle — Existenz. Denn es könne unterlassen worden sein, für ganz oder teilweise getilgte Forderungen das Pfandrecht im Grundbuch zu löschen. Ebenso seien Fälle möglich, in denen das Pfandrecht von Gesetzeswegen erloschen sei. Der Amtsschreiber habe die Pflicht, vor der Auszahlung der Darlehnssumme an im Grundbuch eingetragene Pfandgläubiger sich über den Wert und die wirkliche Existenz des Pfandrechts zu vergewissern und sich in dieser Beziehung Rechenschaft zu geben. Dies habe der Amtsschreiber von Laufen im vorliegenden Falle nicht getan. Das Pfandrecht für die an Leo I. bezahlte Forderung habe nämlich im Zeitpunkt der Zahlung nicht mehr existiert, indem dasselbe infolge der durch Kaufvertrag vom 28. Oktober 1905 stattgefundenen Aufhebung des Miteigentums und Veräußerung der Liegenschaften an den Miteigentümer Justin C. von Gesetzeswegen erloschen sei und zwar in Gemäßheit der Vorschrift des Art. 883 c. c. fr., welcher folgendes bestimmt: „Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres

Digitized by Google

effets de la succession." Angesichts dieser Bestimmung, welche der Erbschafts-Teilung rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Beginnes der Indivision beilege, seien die in Rede stehenden Liegenschaften frei von jedem Betreibungs- oder andern Pfandrechte, das s. Z. auf den von L. Sch. besessenen unverteilten Liegenschaftsanteil gelegt wurde, in das Eigentum des Justin C. übergegangen. Der Amtsschreiber sei verpflichtet gewesen, die Bedeutung und Tragweite dieser Gesetzesbestimmung zu kennen und infolge dessen hätte er die Auszahlung des mehrgenannten Betrages von Fr. 850 an Leo I. unterlassen sollen.

Die Justizdirektion zieht nach Einvernahme des beklagten Beamten und auf Grund der vorliegenden Akten

in Erwägung:

Der beklagte Amtsschreiber hat in seiner Klagebeantwortung gegen die Beurteilung der vom Gesuchsteller ans Recht gestellten Begehren durch die Justizdirektion die Einrede der mangelnden Kompetenz erhoben, behauptend, daß die Streitsache nicht administrativ-, sondern zivilrechtlicher Natur sei und der Entscheid daher nicht der Justizdirektion zustehe. Hierauf ist zu erwidern, daß im Dekret vom 30. August 1898 betreffend die Umschreibung und Organisation der Direktionen des Regierungsrates, die Justizdirektion als Aufsichtsbehörde über die Amtsschreiber bezeichnet ist, ferner daß in casu eine auf das Verantwortlichkeitsgesetz vom 19. Mai 1851 sich gründende Klage gegen einen öffentlichen Beamten — einen Amtsschreiber — vorliegt und daß nach Mitgabe der Art. 12 und 17 des letztgenannten Gesetzes die Kompetenz der Justizdirektion zur erstinstanzlichen Beurteilung solcher Verantwortlichkeitsklagen ganz zweifellos gegeben ist. Die Kompetenzeinrede kann daher nicht als begründet angesehen werden.

In materieller Hinsicht ist im vorliegenden Falle in erster Linie die Frage zu prüfen, ob die Vorschrift des Art. 883 c. c. fr. über die Wirkungen der Erbschaftsteilung auch für die Betreibungspfandrechte gelte. In dieser Hinsicht ist folgendes zu sagen:

Die Pfändung ist ein Institut des Bundesrechtes. Ihre Voraussetzungen so gut wie ihre Wirkungen sind vom Bundesgesetzgeber im Betreibungs- und Konkursgesetz normiert worden. Kantonale Vorschriften irgend welcher Art können daneben nicht mehr bestehen, namentlich auch nicht etwa mit Bezug auf den Bestand eines Pfändungsbeschlagsrechtes

Digitized by Google

an Liegenschaften. Wie die Zulässigkeit einer Liegenschaftspfändung sich ausschließlich nach eidgenössischem Recht bestimmt, so wird auch deren Wirkung und Dauer ausschließlich vom eidgen. Recht geregelt. Danach kann eine Pfändung nur durch Zahlung oder Erlöschen der Betreibung untergehen. Das Bundesgericht hat denn auch bereits zu wiederholten Malen erkannt, daß die Veräußerung der gepfändeten Objekte das Betreibungspfandrecht in keiner Weise berührt, möge man dessen — lebhaft umstrittene — rechtliche Natur so oder anders auffassen (vgl. z. B. Archiv Band IX Nr. 102 und 110). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob das Pfändungsobjekt vom Schuldner von sich aus entgegen der Vorschrift des Art. 96 B. u. K. G. veräußert oder ob es ihm infolge einer Teilung oder eines andern Vertrages entzogen wurde. In beiden Fällen bleiben die Rechte des Pfändungsgläubigers unverändert bestehen. Demnach kann keine Rede davon sein, daß ein Betreibungspfandrecht gemäß Art. 883 c. c. fr. untergeht, wenn der gepfändete ideelle Anteil an einer Liegenschaft infolge einer Erbschaftsteilung oder infolge Aufhebung des Miteigentums vom betriebenen Schuldner auf einen andern übergeht, indem Art. 883 sich auf Betreibungspfandrechte kraft eidgen. Rechts nicht beziehen darf.

Damit wäre, da im vorliegenden Falle ein Betreibungspfandrecht in Frage steht, die Haltlosigkeit der gegen den Amtsschreiber von Laufen gerichteten Verantwortlichkeitsklage eigentlich genügend dargetan und es könnte dieselbe füglich ohne weitere Erörterungen abgewiesen werden. Dennoch wollen wir nicht unterlassen, kurz zu zeigen, daß die Klage selbst dann nicht geschützt werden könnte, wenn es sich nicht um ein Betreibungspfandrecht, sondern um ein Pfandrecht privatrechtlicher Natur handelte.

In seiner Vernehmlassung wird vom Beklagten u. a. behauptet, daß er s. Z. vom Stipulator des Pfandbriefes, Notar A. C. in Laufen, ersucht worden sei, die fragliche Pfandforderung von Fr. 850 an Leo I. zu bezahlen. Dafür beruft er sich auf eine bei den Akten befindliche schriftliche Erklärung C's., worin derselbe in der Tat bezeugt, daß die Bezahlung der mehrgenannten Forderung in seinem Einverständnis stattgefunden habe. Nun lag aber für den Amtsschreiber keine Veranlassung vor, dieser von Notar C. erteilten Ermächtigung mit Mißtrauen zu begegnen. Er durfte im Gegenteil annehmen, daß der von C. in seiner

Digitized by Google

Eigenschaft als Stipulator des Pandbriefes erteilte Auftrag dem Willen des Darlehnsnehmers entspreche. Es ist, wie es scheint, denn auch allgemein üblich und liegt übrigens in der Natur der Sache, daß anläßlich der Aufnahme eines Darlehns bei der Hypothekarkasse der Stipulator des Pfandbriefes namens des Darlehnsnehmers mit dem Amtsschreiber über die Art und Weise der Beseitigung allfällig vorgehender Pfandrechte verhandelt und daß der Amtsschreiber den sachbezüglichen Wünschen und Begehren, soweit sie mit seinen Pflichten nicht divergieren, möglichst Rechnung trägt. Dem Amtsschreiber könnte daher daraus, daß er den vom Stipulator des Pfandbriefes erhaltenen Auftrag, die in Rede stehende Forderung von Fr. 850 zu bezahlen, vollzog, von seiner Aufsichtsbehörde ein Vorwurf nicht erwachsen.

Ferner ist zu bemerken, daß die Auffassung des Klägers, der Amtsschreiber sei verpflichtet, vor Auszahlung eines Darlehns der Hypothekarkasse an die im Grundbuch eingetragenen Pfandgläubiger sich über die materielle Existenz der Pfandrechte zu informieren, nicht geteilt werden kann. Eine derartige Verpflichtung des Amtsschreibers läßt sich aus den gesetzlichen Vorschriften nicht herleiten. Im Zeitpunkt der Auszahlung des Darlehns sowohl wie im Moment der Ausstellung des Nachschlagungszeugnisses in die Liegenschaftsbeschreibung (§ 9 Ziffer 2 des Gesetzes vom 18. Juli 1875) können für den Amtsschreiber hinsichtlich der Pfandrechte nur diejenigen Rechtsverhältnisse maßgebend und wegleitend sein, die aus den Grundbüchern hervorgehen. Bei dem Schuldner oder andern Personen sich zu erkundigen, ob die laut Grundbuch pfandversicherten Forderungen etwa bezahlt oder sonst untergangen seien, ist der Amtsschreiber selbstverständlich nicht gehalten, wie es auch nicht in seiner Aufgabe liegen kann, zu rechtlich schwierigen Fragen, die, wie die vorliegende, den allfälligen Untergang des Pfandrechts betreffen, Stellung zu nehmen und je nach dem Resultat seines Befundes das Pfandrecht zu berücksichtigen oder nicht. Wenn derartige zweifelhafte Rechtsfragen, die nur das Gericht in endgültiger Weise zu lösen berufen sein kann, auftauchen, so handelt der Amtsschreiber in der Regel am besten und innerhalb dem Kreise seiner Kompetenzen, wenn er das Pfandrecht bis auf weiteres als existent betrachtet. Uebrigens müßte der Amtsschreiber logischerweise auch verpflichtet sein, solche Pfandrechte, von denen er findet, daß sie untergegangen seien, von

Digitized by Google

Amteswegen zu löschen. Dies ist aber nach der Vorschrift des Art. 2157 ff. c. c. f. geradezu ausgeschlossen. Nach diesen Bestimmungen kann die Löschung von Pfandrechten einzig und allein mit Zustimmung der beteiligten Partei oder auf Grund eines rechtskräftigen Urteils erfolgen, nicht aber von Amteswegen. Diese Grundsätze haben aber selbstverständlich auf Betreibungspfandrechte nicht Bezug, die vom Amtsschreiber immer dann außer Betracht gelassen werden müssen, wenn ihre Entstehung hinter einem Zeitabschnitt von 2 Jahren und 4 Monaten zurückliegt (§ 61, letztes Alinea des Einführungsgesetzes zum B. u. K. G.).

Gestützt auf diese Erwägungen wird *erkennt:*

1. Die Kompetenzeinrede des Beschwerdebeklagten wird als unbegründet abgewiesen;
2. Ebenso werden die Rechtsbegehren des Klägers abgewiesen;
3. Letzterer hat die Kosten des gegenwärtigen Entscheides mit Fr. 10 zu bezahlen.

(Justizdirektion an Regierungsstatthalteramt Laufen, 7. April 1908).

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

Rechtliche Bedeutung des § 9 des Strassengesetzes vom 2. Dezember 1864.

„Wenn Streit entsteht, ob ein bestehender Weg bis dato ein öffentlicher gewesen sei, so hat darüber der Richter zu entscheiden. Wenn durch Urkunden oder Zeugen rechtsgenüglich dargetan werden kann, daß der Weg seit 20 Jahren allgemein benützt wurde, so streitet die Rechtsvermutung dafür, es sei ein öffentlicher Weg."

Hinwieder bestimmt das Baugesetz füs die Stadt Luzern vom 29. August 1864 in § 7 folgendes: „Straßen und Wege, die bis dahin von Privaten oder Korporationen unterhalten werden, seit *zehn* Jahren aber unwidersprochen allgemein benutzt worden sind und dem öffentlichen Verkehr gedient haben, können von dem Stadtrat als öffentliche erklärt werden."

Es entsteht nun die Frage: Wer ist aus diesen Gesetzesstellen zur Klagestellung legitimiert und was für ein Recht wird durch diese Klage erworben?

Digitized by Google

Allgemein besteht nun gegenwärtig die Meinung, daß auf Grund dieser Gesetzesstellen *niemals Zufertigung einer Servitut und Vormerkung einer solchen in den Grundbüchern verlangt werden könne.* Streitig war bis anhin einzig, wer auf Grund dieser Gesetzesbestimmungen zur Klage berechtigt erscheine.

Unterm 24. November 1865 (Maximen I von Dr. Sigrist, Nr. 422) entschied das Obergericht: „Die Kompetenz des Zivilrichters ist stets begründet, wo jemand in Privatrechten verletzt zu sein behauptet, also in Bezug auf den Belasteten auch bei behaupteten öffentlichen Wegen, was nicht bloß aus der Natur der Sache folgt, sondern gesetzlich auch anerkannt ist. Nun ist zwar vor allem der Gemeinderat berufen, bei öffentlichen Wegen über die privatrechtliche Pflicht angeblich Belasteter zur Duldung eines solchen Weges zivilrichterlich entscheiden zu lassen, andrerseits aber sind durch die Praxis stets auch die an einem gegebenen öffentlichen Wege zunächst und *in hohem Maße Interessierten* für befugt erachtet worden, privatrechtliche Einsprüche und Verbote des Eigentümers des angeblichen praedium serviens zivilrichterlich beseitigen zu lassen, resp. gegenüber der Negatorienklage des Letztern den Prozeß zu übernehmen." Gemäß dieser Praxis wurde dann vom Obergericht unterm 3. Juli 1891 gegenüber der von *Heer* als Besitzer der Liegenschaft St. Niklausen gegenüber *Rietschi-Gloggner*, Besitzer der Liegenschaft Krämerstein, die actio confessoria des Heer in dem Sinne abgewiesen: 1. Beklagter (Rietschi-Gloggner) habe nicht anzuerkennen, daß der klägerischen Liegenschaft St. Niklausen ein Servitut zukomme. 2. Dagegen sei das am 25. Mai 1889 durch den Beklagten beim Gerichtspräsidenten von Kriens und Malters erwirkte Verbot betr. Betreten der Liegenschaft Krämerstein, soweit es das Recht zur Begehung des bezeichneten Weges betrifft, aufgehoben.

Unterm 1. März 1907 hat ferner das Obergericht bezüglich der Negatorienklage des *Konrad Huber*, Oberhuprächtigen, gegen *Ant. Hüsler* und die *Kirchgemeinde Nottwil* das Dispositiv dahin gefaßt: 1. Die Klage sei des gänzlichen abgewiesen. 2. Die Beklagten seien berechtigt, das Fahrsträßchen, welches von Oberhuprächtigen nach dem Säliwald führt für Ein- und Ausfahrt in ihre Säliwälder und Anton Hüsler nebstdem in und aus seinem Ballmoos zu benutzen.

In beiden Fällen handelte es sich um die Anwendung des § 7, Absatz 2 des Straßengesetzes von 1864 und in

Digitized by Google

beiden Fällen hat das Obergericht die Anstößer eines Weges als interessierte Kreise erklärt nach Max. I, Nr. 422.

Im gegenwärtigen Fall hat nun das Obergericht folgendes Rechtsbegehren, ebenfalls im Sinne von § 7 des Straßengesetzes und unter der Annahme, daß *eine Servitut nicht nachgewiesen sei*, gutgesprochen: Der Beklagte habe anzuerkennen, daß der von der Hinteribachliegenschaft in ost-südlicher Richtung über den Greterhof in die von Luzern nach Rathhausen führende Straße, einmündende Fußweg ein für den Fußgängerverkehr *öffentlicher Weg* sei.

Zum ersten Mal ist unseres Wissens in diesem Urteil aus § 7, resp. § 9 des Straßengesetzes die Feststellungsklage im Urteilsdispositiv in dem Sinne formuliert worden, daß die Anerkennung eines *öffentlichen Weges* stattgefunden hat. Was hat nun diese Feststellung eines öffentlichen Weges in einem Privatrechtsstreit für eine Bedeutung? Macht dieses Urteil nach allgemein prozessualischen Grundsätzen nur Recht unter den Parteien oder kann auch die Oeffentlichkeit daraus Rechte ableiten? Ist letzteres der Fall, so dürfte in Zukunft die Berufung auf § 7 des Straßengesetzes von jedem Spaziergänger stattfinden, während man bis anhin die Legitimation gemäß Präjudiz *Nr. 422* doch nur Anstößern oder „speziell dinglich Interessierten" gewährte. Auf Grund gegenwärtigen Urteils kann sich nun leicht eine Popularklage ausbilden. Diese spezifisch luzernerischen Rechtsverhältnisse können aber auch hier ohne einige historische Reminiszenzen nicht verstanden werden:

Rudolf Merian-Iselin aus Basel kaufte im Jahr 1856 das am Vierwaldstättersee in der Gemeinde Meggen liegende Landgut Altstadt (früher Fideicommißgut der Familie *Mayer von Baldegg*) und es wurde Herrn R. Merian dasselbe ohne Erwähnung von darauf haftenden dinglichen Lasten zugefertigt. Er beabsichtigte dann ein den frühern Eigentümern zugestandenes, durch den Pächter betriebenes Personalwirtschaftsrecht eingehen zu lassen und erwirkte ein amtliches Verbot, das von genanntem Zeitpunkte an das Anlanden an dem Gute und dem dazu gehörigen Inselchen, sowie das Betreten des Gutes selbst bei Buße untersagt sei.

(Schluß folgt.)

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des soloth. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

12. Einschränkung der gewerblichen Schiedsgerichte [1]), durch das Bundesgesetz betreffend die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes und die Organisation der Verwaltung der schweizerischen Bundesbahnen vom 15. Oktober 1897.

G. S., Schlosser der Werkstätte der Bundesbahnen in Olten, klagte gegen die schweiz. Bundesbahnen wegen unberechtigten Lohnabzugs. Er belangte sie vor dem gewerblichen Schiedsgericht in Olten. Das Gericht erklärte sich inkompetent mit der Begründung, die Bundesbahnen hätten auf dem Gebiete des Kantons Solothurn ihr Rechtsdomizil in Solothurn, wo sie vor den ordentlichen Gerichten anzusuchen seien. Gegen diesen Entscheid rekurrierte G. S. nach § 32 des Gesetzes betreffend die Einführung des gew. Schiedsgerichtes vom 15. Januar 1893. Die Nichtigkeitsbeschwerde betonte vorab die ungleiche Behandlung der Werkstattarbeiter der Bundesbahnen zu den übrigen Arbeitnehmern und hob besonders die Tatsache hervor, daß Vertreter der Bundesbahnen sowohl in die Gruppe der Arbeitgeber, wie Arbeitnehmer gewählt worden seien, woraus hervorgehe, daß die Bundesbahnen das spezielle Forum der gewerblichen Schiedsgerichte für ihre Fabrikarbeiter anerkannt hätten.

Der Rekurs stützt sich auf § 32 leg. cit. Keiner der dort genannten Fälle (unrichtige Gerichtsbesetzung, Spruch eines unzuständigen Gerichts, Handlungsunfähigkeit einer Partei, Zuspruch ultra petitum, Kompetenzüberschreitung, Spruch gegen ein rechtskräftiges Urteil) trifft zu, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde zu Unrecht erhoben ist. Sie ist aber als gewöhnliche Beschwerde nach § 238 C. P. O. aufzufassen, indem auch das gewerbliche Schiedsgericht eine untere richterliche Behörde ist, über welche das Obergericht die Aufsicht hat.

Die materielle Behandlung führt zur Abweisung. Die

[1]) Die gewerblichen Schiedsgerichte wurden im Kanton Solothurn mit Gesetz vom 15. Januar 1893 und 23. April 1899 eingeführt. Es bestehen zur Zeit 2 gewerbliche Schiedsgerichte, das eine in Olten mit 4 Gruppen, das andere in Grenchen-Bettlach für die Uhrenindustrie.

Digitized by Google

Frage der Zuständigkeit der Gerichte wird durch Art. 12 des B. G. vom 15. Oktober 1897 unzweideutig entschieden. Er bestimmt unter anderm: „Die Verwaltung der Bundesbahnen hat ihr rechtliches Domizil am Sitze der Generaldirektion. Dieselbe hat außerdem in jedem durch ihre Bahnlinien berührten Kantone ein *Domizil* am *Kantonshauptorte* zu verzeigen, an welchen sie von den betreffenden Kantonseinwohnern belangt werden kann. Darnach ist ohne weiteres klar, daß der Standpunkt des Schiedsgerichtes richtig ist; es kann ohne Einwilligung der Bundesbahnen tatsächliah in Olten eine sehr große Anzahl Arbeiter die Wohltat des gewerblichen Schiedsgerichtes nicht genießen.

10. Juli 1907.

13. Die erste Seite eines Kassabüchleins trug folgenden Cessionsvermerk:

Cesiert Rosa Mari
„U. Jos." Spielman
Cesirt

Es ist unbestritten, daß unter Rosa Mari 2 Enkelkinder des Cedenten verstanden sind. Ebenso steht fest, daß mit U. Jos. der 84jährige, am 11. Juli 1906 verstorbene Urs Jos. Spielmann gemeint ist. Die Cession wird von den Erben mit der Begründung angefochten, die mangelhafte Unterschrift mache das Rechtsgeschäft ungiltig.

Ist überhaupt eine Form bei der Abtretung nötig? Maßgebend für die Beurteilung ist Art. 184 O. R. Er spricht den Grundsatz aus, daß die Cession ohne Form verbindlich sei, aber zur Wirksamkeit des Ueberganges dritten Personen gegenüber der schriftlichen Beurkundung bedürfe. Als Dritte wurden die Erben, die Universalsuccessoren, welche in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintreten, nicht angesehen. Von diesem Standpunkt aus konnte die mangelhafte Form nicht angefochten werden. Allein Art. 184 spricht nur vom Cessionsakt. Hievon ist das Grundgeschäft zu unterscheiden, das sich zweifellos als Schenkung einer Forderung darstellt, welche nach kantonalem Recht der Schriftlichkeit bedarf (§ 56 Satz. 2 C. G. B.). Diese Vorschrift macht die Prüfung nötig, ob der Cedent der Form gnügte, wenn er mit U. Jos. unterzeichnete. Das kantonale Recht schweigt sich über die Form der schriftlichen Abtretung aus, weshalb das eidgenössische Recht subsidiär zur Anwendung zu kommen hat (§ 37 C. G. B.). Die Ergänzung

Digitized by Google

ist aus Art. 12 O. R. zu schöpfen, der für Verträge, für welche die schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Unterschriften der sich verpflichtenden Personen verlangt und auch den Wechsel von Brief und Telegramm als schriftliche Form zuläßt. Diese Bestimmung spricht sich ebenfalls nicht darüber aus, ob unter der Unterschrift die volle Namensangabe zu verstehen sei oder nicht. Besonders mit Rücksicht darauf, daß auch der Briefwechsel als schriftliche Form angesehen wird, wobei öfters Unterschriften vorkommen, die keine vollständige Namensangabe enthalten, wurde entschieden, die Bezeichnung U. Jos. genüge der Formvorschrift, sofern nur unzweideutig feststehe, wer mit der Abkürzung verstanden sei. Da dieser Beweis geleistet war, wurde die Klage abgewiesen.

10. Juli 1907.

Korrektur. Auf Seite 454, Zeile 11 v. o. soll es statt und *auf* heißen.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **10. Heft** **Oktober 1908**

Zur Geschichte des Minorates und der Majorate im alten Bern

von Dr. *L. S. v. Tscharner.*

(Schluß)

Was nun die vor 1771 gegründeten Majorate anbetrifft, so wurden sie durch die angeführte Verordnung nicht aufgehoben. Erst das Gesetz vom 6. Mai 1837 über die Familienkisten und Familienstiftungen machte den bestehenden derartigen Verhältnissen ein Ende, indem es bestimmte, daß der gegenwärtige Nutznießer eines solchen noch in dessen lebenslänglichem Besitz verbleiben, nach seinem Tode aber das betreffende Objekt als gemeinschaftliches Vermögen sämtlicher berechtigter Familienglieder angesehen und nach den Bestimmungen über die Familienkisten behandelt (d. h. wenn es ein Immobile war, verkauft) werden solle.

Größere Majorate waren in Bern allerdings ziemlich selten. Gewöhnlich wurden sie kurzweg als „Fideikommiß" bezeichnet, indem man annahm, daß ein solches sich stets majoratsweise zu vererben habe. Seniorate, Juniorate und auch Minorate waren nicht gebräuchlich. Auch der Unterschied zwischen *Majorat* und *Primogenitur* wurde in den regelmäßig recht ungenau abgefaßten Stiftungsurkunden nicht beobachtet; manchmal war die Errichtung eines Majorates eine bloß *bedingte,* indem zuerst für den betreffenden Gegenstand eine ganze Reihe frei ausgewählter Personen einander

Digitized by Google

als Erben substituiert wurden, nach deren Wegfall oder Erlöschen ihres Mannesstammes erst ein eigentliches Majoratsverhältnis entstehen sollte.

Wie wenig klar und wie lückenhaft oft fideikommissarische Bestimmungen aufgestellt wurden, beweist, um ein Beispiel anzuführen, die vom Venner *Beat Jakob Tscharner* in seinem Testament vom 9. Februar 1769 errichtete fideikommissarische Substitution betreffend sein Haus am Münsterplatz. Da der Testator, welcher dem damaligen mit ihm aussterbenden jüngsten Zweige der Familie Tscharner angehörte, weder Geschwister noch sonstige nähere agnatische Verwandte und auch keine Kinder hinterließ, vermachte er „sein Wohnhaus auf dem Kirchplatz" mit allen Zubehörden „seinem geliebten Vetter Jkr. *Samuel Tscharner*, des Großen Raths der Stadt Bern und Oberist in königlich sardinischen Diensten; jedoch mit dieser Erläuterung, daß ihme hierin sein Sohn *Beat* substituiert seyn solle; Und falls derselbe ohne Mannsstammen absterben sollte, so soll substituiert seyn der *älteste* Sohn der *Branche von Traxelwald*, hernach der *älteste* der Branche Herrn *Venners Tscharners* sel.; denne der Branche Herren Landvogts sel. *von Lenzburg*, der Branche Herren Landvogts sel. *von Laupen*. Verstehe allezeit der *älteste Sohn dieser Branches*, wenn jeweilen der älteste der hier in bemelter Ordnung bestimmter Branches ohne Mannsstammen absterben sollte. Endlich dann, wann das *ganze Tscharner Geschlecht ausgestorben*, so soll diese Behausung dem hiesigen Krankenhaus, die Insul genannt, eigenthümlich heimfallen. (Anbey verordnen ich und seze wohlbedächtig auf dieses Haus einen ewigen und unablösigen Bodenzins von fünfzig Pfund Pfn. welche ein jeweiliger Besizer dieser Behausung dem Armen Gut E. E. Gesellschaft zu Pfistern alljährlich auf den Neujahrstag auszurichten pflichtig seyn soll.) Es soll aber ermelten Herrn Obrist Tscharners Frau Gemahlin die lebenslängliche Wohnung in diesem Haus haben, ohne Entgeld." Beabsichtigt wurde vom Testator allem nach die Gründung einer *Primogenitur* für den jeweiligen *ältesten* Zweig der Familie Tscharner. Dabei entsprach aber die von ihm bestimmte Reihenfolge der substituirten Zweige des Geschlechts nicht derjenigen ihres Alters (vgl. die beiliegende Stammtafel) [1]. Die richtige Substitution auf die Nachkommenschaft des Obersten *Samuels* wäre gewesen:

[1]) Siehe S. 536.

Digitized by Google

1. Die Branche des Landvogts von *Lenzburg*.
2. Die Branche von *Trachselwald*.
3. Die Branche des *Venners Niklaus* sel.

und 4. Die Branche von *Laupen*.

Total unberücksichtigt geblieben ist aber in dieser Stiftung der jüngere Bruder des Obersten Samuels, *Vinzenz Ludwig*, welcher 1722 geboren, sich erst 1766 verheiratet hatte und zur Zeit der Errichtung dieses Testamentes allerdings nur eine Tochter besaß, vier Jahre darauf, 1773, aber noch ein zweites Kind, freilich auch wieder eine Tochter, bekam; nicht erwähnt ist ferner *Daniel*, 1710 bis 1774, der damals dazu noch einen Sohn *Carl Ludwig Salomon* hatte — möglicherweise sollte er aber in „der Branche des Herrn Venners sel." inbegriffen sein, obgleich derselbe nicht sein Ascendent war. Trotz dieser Inkonsequenzen und Auslassungen muß aber doch angenommen werden, daß *jeder* Zweig der Familie nach Aussterben des vorangehenden älteren zur Erbfolge an diesem Haus gelangen sollte, da die *Insel* als Erbin desselben erst für den Fall des gänzlichen Aussterbens der Familie eingesetzt war. Die Bevorzugung des Zweiges von *Trachselwald* und desjenigen des Venners *Niklaus* demjenigen von *Lenzburg* gegenüber, der im Alter diesen beiden voranging, mag vielleicht allerdings eine beabsichtigte gewesen sein, indem der Testator durch seine Frau *Elisabeth v. Tavel* der direkte Oheim des verstorbenen Landvogts *Abraham Ahasverus* von *Trachselwald*, sowie des ältesten und jüngsten Enkels des Venners *Niklaus*, *Niklaus Emanuel* und *Beat Rudolf*, deren Frauen sämtliche geborene *v. Tavel* waren, geworden war. Auch die Frau des Obersten *Samuels* war eine *v. Tavel* und ebenfalls Nichte des Testators. (Vgl. die zweite Stammtafel).

Diese nahe cognatische Verwandtschaft mit diesen 3 Linien mag vielleicht den Testator bewogen haben, sie derjenigen von *Lenzburg*, mit welcher ihn keine derartigen Bande verknüpften, voranzustellen. — Wie dem nun auch sein mag, so war sicherlich in Anbetracht derartiger komplizierter Substitutionen und Fideikommisse die oben angeführte Verordnung vom 20. März 1771 gewiß keine überflüssige Maßregel. (Der Tradition nach soll gerade dieses Testament des Venners Beat Jakob Tscharner den unmittelbaren Anstoß dazu gegeben haben). Um auf das vorliegende Beispiel zurückzukommen, sei ausdrücklich bemerkt, daß das fragliche Haus auf dem Münsterplatz durch das Testament

Digitized by Google

Beat Jakob Tscharners nicht etwa Eigentum der schon damals bestehenden Familienkiste Tscharner geworden war (durch das Gesetz von 1740 war dies ausgeschlossen!), sondern durchaus in das Eigentum und den Besitz des ersten Erben, des Obersten und nachmaligen Generallieutenants in Sardinien *Samuel Tsch.* übergieng, mit allen Rechten und Pflichten. Allein er durfte es weder veräußern, noch letztwillig darüber zu Gunsten eines seiner andern Kinder als seines substituierten Sohnes *Beat* verfügen. Dieses fideikommissarische Verhältnis fand erst in den 30er Jahren des XIX^ten^ Jahrhunderts infolge des neuen Familienkistengesetzes von 1837 sein Ende, laut welchem den Inhabern derartiger Majorate — und als solches wurde der vorliegende Fall angesehen — noch die lebenslängliche Nutznießung daran gestattet wurde und nach seinem Tode das Objekt gemäß den übrigen Verordnungen dieses Gesetzes liquidiert werden sollte. Der damalige Inhaber des Hauses, *Beat Ludwig Tsch.*, einziger Enkel des zuerst als Erben eingesetzten Obersten und Generals *Samuel*, welchem auch das gleichfalls dem Venner *Beat Jakob* zugehörige daranstoßende Haus an der Herrengasse, (das ganz ähnlich wie dasjenige auf dem Münsterplatz mit Substitution der andern Zweige der Familie zuerst an denjenigen von *Trachselwald* vermacht worden war), nach dem 1827 erfolgten Erlöschen des Zweiges von Trachselwald substitutionsweise angefallen war, konnte sich darauf nun gegen Erlag einer vertraglich mit den übrigen Gliedern der Familie fixierten Summe zu Gunsten der Familienkiste das ausschließliche und unbeschränkte Eigentum an beiden Häusern erkaufen.

Eines der größten und am längsten bestehenden Majorate oder Fideikommisse besaß die Familie *v. Diesbach* in der bei Murten gelegenen Herrschaft *Liebistorf*, welche von *Hans Jakob v. Diesbach*, 1559—1627, bei seinem kinderlosen Absterben seinem Neffen *Jost v. D.*, 1596—16 . ., mit illimitierter Substitution des jeweiligen Vertreters der ältesten Linie der Familie v. Diesbach vermacht worden war. Auf *Jost v. D.* folgte in den Besitz von Liebistorf sein Sohn *Gerhard*, 1620—1680, Landvogt nach Morsee 1669, diesem sein ältester Sohn *Gerhard David*, geb. 1672, der 1722 ledig verstarb, und auf diesen sein Bruder *Anton Daniel*, 1679—1731, Landvogt nach Bipp 1720, der aber nur Töchter hinterließ. Bei seinem Tode fiel Liebistorf an den Sohn seines Vetters *Sebastian v. D.*, nämlich an *Franz*

Digitized by Google

Ludwig v. Diesbach, 1684—1739, Landvogt nach Laupen 1733. Diesem sukzedierte als letzter der Linie des Stifters des Fideikommisses sein einziger Sohn *Hieronymus Gottlieb*, 1723—1787, Salzfaktor zu Roche 1770, der nur eine einzige, in der Jugend verstorbene Tochter zum Kind hatte. Nach seinem Tode kamen nun die gesamten Majoratsgüter zu Liebistorf an *Gottlieb v. Diesbach*, 1712—1791, Landvogt zu Gottstadt, welcher der dermalige Vertreter des ältesten Zweiges der einzig noch in Bern blühenden Linie seines Hauses war. (Die ältere Freiburgerlinie der Familie fiel für dieses Fideikommis außer Betracht). Von einer „Verwandtschaft" zwischen *Hieronymus Gottlieb* und dem Landvogt zu Gottstadt *Gottlieb v. D.* war, wie man sich aus der beigefügten Stammtafel überzeugen kann,[1]) nicht die Rede mehr. Nach dieses letzteren Tod wurde indessen die auf Liebistorf bestehende Substitution, weil in erster Linie für die nun ausgestorbene „Liebistorferlinie" berechnet, als aufgehoben betrachtet, und sein Schwiegersohn *Niklaus Anton Kirchberger* übernahm kaufweise Liebistorf, nachdem es sich 160 Jahre lang als Fideikommis und Majoratsgut hatte behaupten können.

Nicht immer waren es aber eigentliche Liegenschaften, die zu Majoratsgütern bestimmt wurden, sondern oft auch bloße Grundgerechtigkeiten. Ein Beispiel hiefür bietet ein Fideikommiß der Familie *Wurstemberger*. In seinem Testament vom 17. Februar 1604 vermachte *Hans Rudolf Wurstemberger*, 1550—1605, Vogt nach Nyon 1583 und nach Lausanne 1594, seinem *jüngsten* Sohne *Abraham* unter anderem „vier Fässer Zins-Wyn, so myne gnedigen Herren der Statt Bernn mir jehrlich ab irem Gewechs zu Bugioz vermog darumb uffgerichter Brief und Siglen zu Herbst Zyth ze thundt (zu geben) schuldig sindt". Für den Fall, daß dieser *Abraham W.* ohne Mannesstamm abstürbe, sollten die „4 Fässer Zinswyn" seinem Bruder *Hans Rudolf* (dem *ältesten* der Söhne des Testators) anfallen, welcher dann seinen andern Bruder *Beat Ludwig* mit einer Summe von 200 Pfund abfinden sollte. Beim Erlöschen des Mannesstammes von *Hans Rudolf* II hinwiederum sollten diese Fässer Wein an *Beat Ludwig* oder dessen *jüngsten* Sohn kommen. Sollte aber der Fall eintreten, daß „kein natürlicher Erb von Mannsstamm von dieser Lynien (d. h. von der Deszendenz des Testators) her, sonder allein Töchteren, denen die-

[1]) Siehe S. 538.

Digitized by Google

selben vier Vass Zinßwyn von natürlichen Erbrechtens wegen zustünden" vorhanden wären und aber ein anderer „des Wurstemberger-Geschlechts und Namens nechster Gesippt und Verwanter" übrig bliebe, so sollte demselben dieses Vermächtnis ohne Widerrede gegen Erlag von 1000 Kronen an die betr. Frauen oder Töchter aus der Deszendenz des Testators zufallen. Sowohl seinem Sohne *Abraham* als auch „allen zukünftigen Erben dieser 4 Fässer" verbot endlich dieser letztere ausdrücklich „dieselb Gerechtigkeit und Zins" irgendwie zu veräußern oder darüber zu verfügen: „sonder anderist nit, dann *Schlyßwyß*" sollten sie dieselbe „besitzen, inhaben, nutzen und bruchen"; wenn *Abraham* sie zu verkaufen versuchte, so solle der Verkauf nichtig sein und *Hans Rudolf* II gegen Erlag von 200 Pfund die 4 Fässer an sich ziehen können.

Der Zweck dieses Vermächtnisses war unbedingt eine Stiftung zu Gunsten der Träger des Namens *Wurstemberger*; merkwürdig sind darin aber die *minoratsähnlichen* Substitutionen zu Gunsten des *jüngsten* Sohnes des *zweiten* Sohnes *(Beat Ludwig)* des Stifters und die Einsetzung *seines jüngsten* Sohnes *(Abraham)* als ersten Vermächtnisnehmer. Wie zu erwarten, entstanden bald Schwierigkeiten. Der zweite Sohn des Testators, der mehrfach genannte *Beat Ludwig*, starb ledig 1647. *Abraham*, der erstbedachte, geb. 1593, Vogt nach Milden 1634 hinterließ bei seinem 1648 erfolgten Tode nebst vier in die Familien *Thormann*, *Fischer*, *Stürler* und *Tribolet* verheirateten Töchter zwei Söhne, nämlich *Abraham* II geb. 1627 und *Beat Ludwig* II geb. 1629. Diese beiden starben aber verhältnismäßig jung und ledig, zuerst *Abraham* II und 1660 *Beat Ludwig* II, der nach dem Tode seines älteren Bruders das Fideikommiß besaß. Nach den Bestimmungen des Stifters desselben hatte nun *Hans Rudolf* II, resp. seine Deszendenz unbedingten Anspruch darauf, da *Beat Ludwig* I schon 1647 ledig verstorben war. *Hans Rudolf* II geb. 1581 war aber 1617 ebenfalls jung verstorben mit Hinterlassung zahlreicher Töchter und eines einzigen Sohnes, auch *Hans Rudolf* geheißen. Dieser letztere, 1608—1693, Venner zu Pfistern 1669, 1677 und 1684 und Welschseckelmeister 1670—1677, stieß aber bei Geltendmachung seiner Ansprüche auf den entschiedenen Widerstand seiner vier Vettern *Hans Jakob Thormann*, *Samuel Fischer*, *Hans Jakob Stürler* und *Jakob Tribolet*, den Schwiegersöhnen des Landvogts zu Milden

Digitized by Google

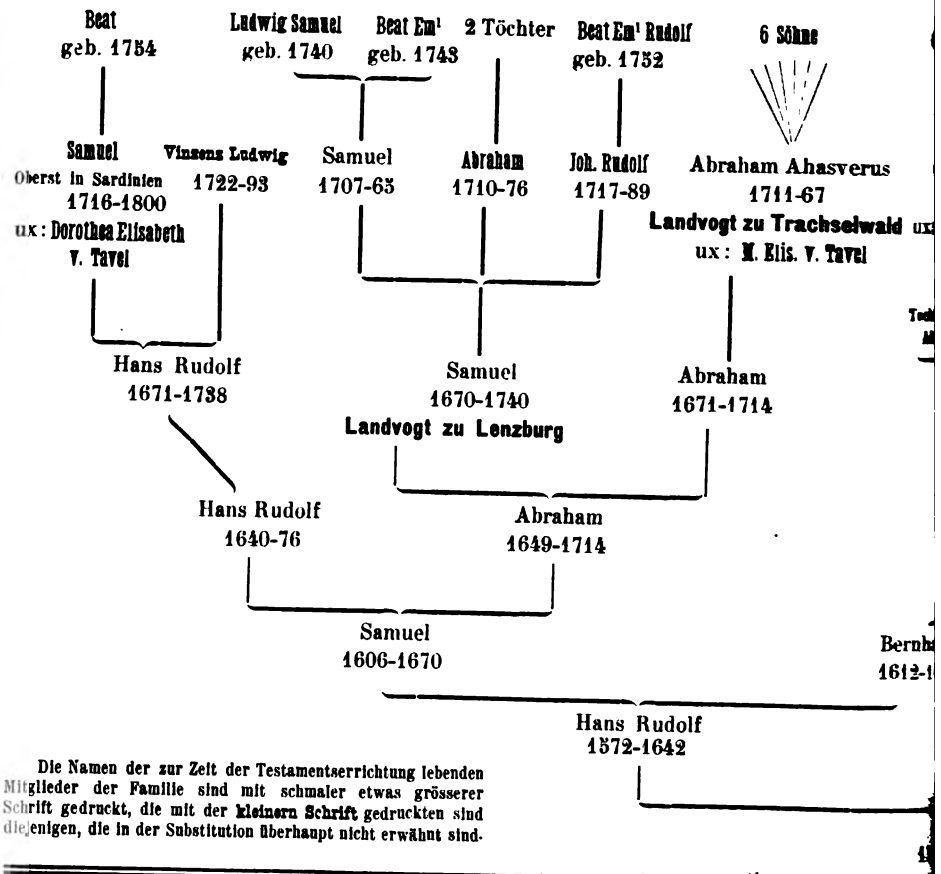
Abraham W. Es kam zu einem langen Prozeß, der erst 1665 erledigt wurde, dessen Resultat aber doch war, daß die 4 Fässer Zinswein dem *Hans Rudolf* III zugesprochen wurden. Von nun an vererbten sie sich in dieser Linie der Familie Wurstemberger majoratsweise als eigentliche *Primogenitur* stets auf den ältesten Sohn. Beim Tode des ältesten Sohnes des Welschseckelmeisters Hans Rudolfs, *Carolus*, 1643—1702, versuchten indessen des letzteren noch lebende Brüder das Fideikommiß als *Seniorat* an sich zu bringen und den Sohn ihres verstorbenen Bruders davon auszuschliessen. Durch einen 1705 abgeschlossenen Vergleich verzichteten sie aber auf ihre Ansprüche und ihr Neffe *Hans Rudolf* IV, 1672—1726, Vogt nach Aarwangen 1713 „besaß endlich ruhig das Fidei-Commiß, nachdem seines Vaters Brüder einsahen, daß dasselbe immer dem *ältesten der ältesten Linie* ihres Großvaters und *nicht dem ältesten der ganzen Deszendenz* zukommen solle." Der letzte Besitzer dieser 4 Fässer Wein war *Carl Ludwig*, 1785—1826; unter ihm wurden durch die Revolution die Zehnten in der Waadt aufgehoben. Er selber wurde später mit einer Kapitalsumme von 7392 Franken von der Regierung abgefunden, welchen Betrag er der Familie gegenüber (als Kapital von 7500 Franken) als Fideikommiß in seinem Gesamtvermögen zu betrachten sich bereit erklärte.

Aus diesen wenigen Beispielen ist ersichtlich, welche mannigfaltigen Formen und Gestaltungen die sogenannten „Majorate" und Fideikommisse im alten Bern anzunehmen pflegten. Vor allem aber springt in die Augen, wie unklar und inkonsequent solche Verhältnisse zum Teil geregelt wurden, so daß man sich wirklich wundern muß, daß niemals gesetzliche Bestimmungen in den Stadtsatzungen darüber erlassen worden sind. Als Radikalmittel wurde erst 1771 die angeführte Verordnung erlassen, durch welche die Errichtung solcher Stiftungen, mit Vorbehalt der Familienkisten, kurzweg verboten wurde.

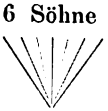
Benutzte Literatur: Die im Text angeführte; ferner Berner Taschenbücher von 1892 und 1900 („Geschichte von 20 Häusern an der Junkerngasse" und „Die Häuser Nr. 80—40 an der Gerechtigkeitsgasse in Bern", von H. Türler, Staatsarchivar); E. F. v. Mülinen, „Beiträge zur Heimatkunde des Kantons"; Stettler, Genealogie v. Diesbach, Mss. Hist. Helv. XIV, 65 Stadtbibliothek Bern.

Digitized by Google

Stammtafel der Familie Tscharner zur Zeit der Errich



Die Namen der zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Mitglieder der Familie sind mit schmaler etwas grösserer Schrift gedruckt, die mit der kleinern Schrift gedruckten sind diejenigen, die in der Substitution überhaupt nicht erwähnt sind.



6 Söhne Elisabeth Tscharner
npt. Nicl. Em¹ Tscharner

Maria Elisabeth v. Tavel
npt. Abr. Ahasverus Tscharner

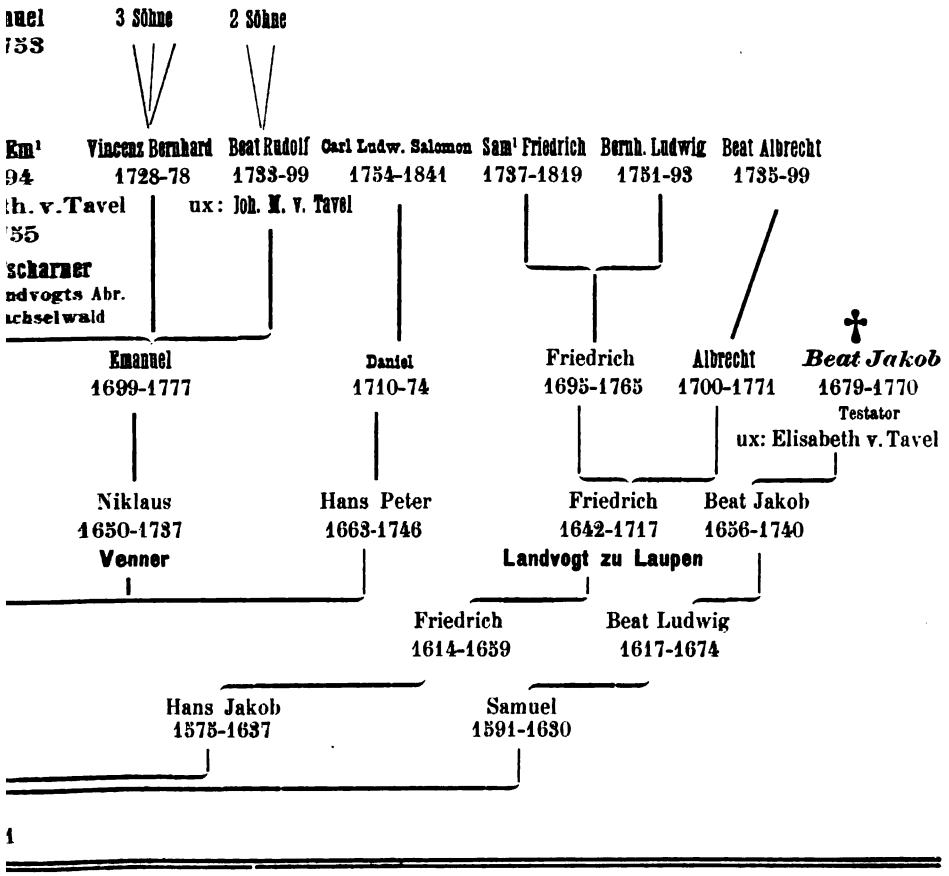
Herkules Daniel v. Tavel
1685-1766

Anna Catharina v. Tavel
† 1755
npt. Niclaus Em¹ Tscharner
der sich in zweiter Ehe mit Elisabeth Tscharner wiedervermählte

Paul Esajas v. Tave
1687-1755

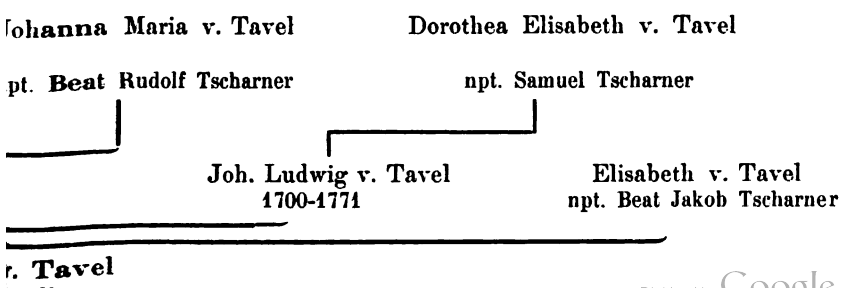
Digitized by Google

les Testaments des Venners *Beat Jakob Tscharner.*



1

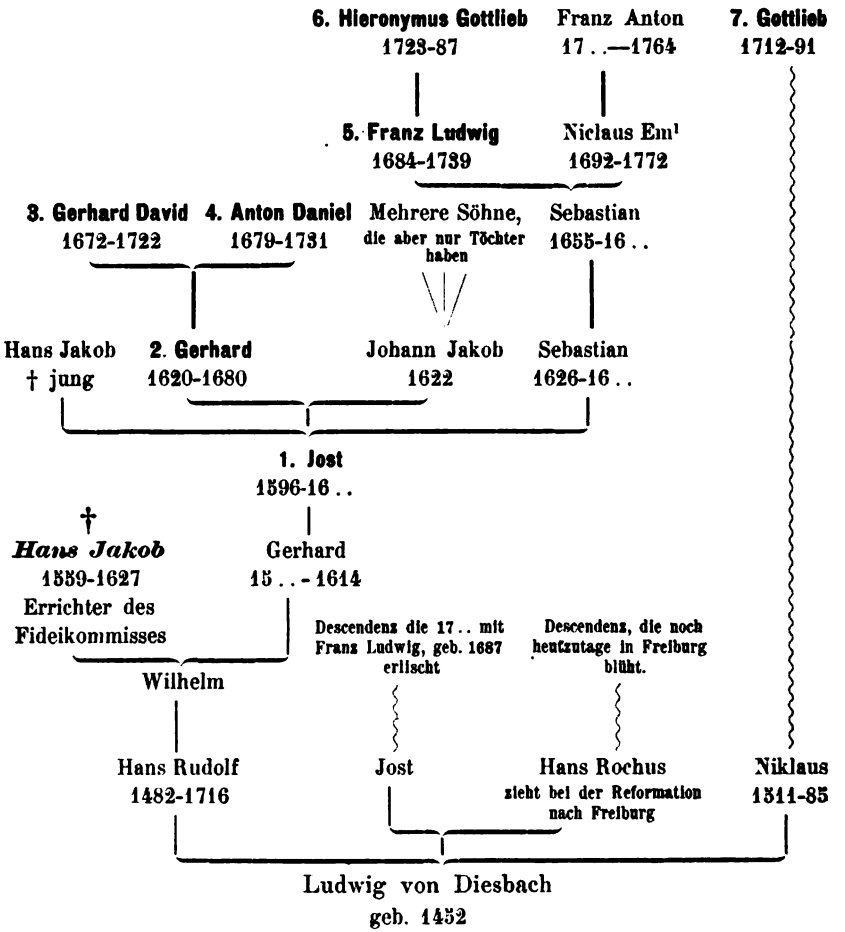
l *v. Tavel*



r. Tavel
adieu

Digitized by Google

Stammtafel der Familie *v. Diesbach*



Die **fett** gedruckten Namen sind diejenigen der Besitzer von Liebistorf

Digitized by Google

Verschiedenes.

Bernisches Obergericht. Das Obergericht des Kantons Bern hat in seiner Sitzung vom 19. d. seine Abteilungen wie folgt besetzt:

1. *Appellations-* und *Kassationshof:* Herren Oberrichter Büzberger (Präsident), Thormann (Vizepräsident), Schorer, Ernst, Merz, Krebs, Reichel, Chappuis, Greßli (bisher Kriminalkammer) und Trüssel (neu).

2. *Anklage-* und *Polizeikammer:* Herren Oberrichter Lanz (Präsident), Manuel und Gasser.

3. *Kriminalkammer:* Herren Oberrichter Streiff (Präsident), Folletête (bisher Appellationshof) und Krebs.

4. *Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung* und *Konkurs:* Herren Büzberger, Merz und Chappuis.

Bernische Fürsprecherprüfungen.

Der redaktionellen Bemerkung in Heft 7 ist die Entgegnung des Herrn Obergerichtsschreiber Mosimann in Nr. 8 gefolgt. Von seiner Erklärung, daß die von uns angegriffene Stelle im obergerichtlichen Geschäftsbericht keine tendenziöse Spitze enthalten sollte, wird gerne Kenntnis genommen und im übrigen der Hoffnung Ausdruck gegeben, dem guten Einvernehmen zwischen Theoretiker und Praktiker werde die kleine Kontroverse keinen Abbruch tun. Nur eine kurze Bemerkung sei noch erlaubt.

Es wird von Herrn Mosimann bestritten, daß der bisherige Zustand Mängel gezeigt habe, die eine Abänderung als notwendig oder wünschenswert erscheinen lassen. Dem gegenüber muß denn doch darauf hingewiesen werden, daß an keinem andern Ort, als gerade im obergerichtlichen Geschäftsbericht, die Zusammensetzung der Prüfungskommission mehrfach als der Reorganisation bedürftig und die bisherige Mitgliederzahl als zu gering bezeichnet wird.

Ganz einverstanden damit, und auch mit dem Prinzip des Zusammenwirkens von Theoretikern und Praktikern bei der Prüfung. Allein wir glauben nicht, daß die vorgeschlagene Erhöhung der Zahl der Mitglieder der Kommission um blos zwei genügen würde, um den Uebelständen abzuhelfen. Zum mindesten erscheint eine erhebliche Vermehrung, die gegenseitige Ablösung möglich macht, geboten. Gerade in der letzten Zeit hat es sich nämlich wieder gezeigt, daß die einzelnen Mitglieder ohne Doppelbesetzung zu sehr in

Digitized by Google

Anspruch genommen und der Mitwirkung satt werden (wenn sie nicht ausnahmsweise „am Sessel kleben") und aus dem gleichen Grunde war denn auch zugestandenermaßen das Obergericht nicht in der Lage, sich in genügend starkem Maße in der Kommission vertreten zu lassen.

Angesichts letzterer Tatsache fällt aber auch die Einrede, der Gerichtshof, welcher später die Disziplin über die Anwälte auszuüben habe, müsse sie bereits im Examen näher kennen lernen, in sich selbst zusammen. Und wenn die Anregung gemacht wurde, es möchte der juristischen Fakultät neben dem Obergericht eine offizielle Vertretung z. B. im Turnus gewährt werden, so war denn doch dieser Wunsch weder unbescheiden noch weithergeholt. Denn damit würde blos statuiert, was anderorts und sogar bei gewissen bernischen Fakultäten als selbstverständlich gilt. Eine gewisse Rücksichtnahme darf denn doch die bernische Fakultät wenn auch nicht von andern Kantonen, so doch vom Kanton Bern verlangen, und es muß befremdlich erscheinen, wenn eine solche auch nicht im geringsten Maße vorhanden ist, währenddem z. B. im Kanton Luzern das bernische juristische Doktorexamen die theoretische Staatsprüfung ersetzt.

Die Hauptversammlung des bern. Juristenvereins findet Montag den 26. Oktober, 9½ Uhr, im „Bären" in Bern statt. Das Referat von Nat.-Rat Bühlmann über „Das bernische Einführungsgesetz zum schweiz. Zivilgesetzbuch" läßt eine große Beteiligung erwarten, und es ist zu hoffen, daß bei diesem Anlaß eine Reihe jüngerer Fürsprecher und Notare dem Vereine beitreten werden.

Literaturanzeigen.

Dr. Bruno Schultz. Hilfsbuch zur Einführung in die Praxis der österreichischen politischen Verwaltung. 2 Bände. Wien 1908. XV u. 467; VIII u. 527 SS.

Als politische Verwaltung ist hier das Verwaltungsgebiet gemeint, das weder der Justiz-, noch der Finanz-, noch der Kriegsverwaltung angehört. Der Verfasser hat es unternommen, diese noch sehr umfangreiche Materie in systematischer Anordnung vorzuführen. Das Werk soll ein Hilfsbuch sein für den Rechtsbeflissenen, der sich dem Verwaltungsdienste widmet, es will ihm nicht den ganzen Inhalt der Verwaltungsgesetze und -vorschriften vermitteln, sondern

Digitized by Google

ihm das Studium erleichtern durch die Gliederung des Stoffes; ihn sehen lernen. Es macht das Studium der Gesetze nicht überflüssig, sondern verweist im Gegenteil stets darauf; dadurch unterscheidet sich das Werk von Mayrhofer's Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst. Der Verf. hat diese, im Vorwort anziehend dargelegte Aufgabe vortrefflich durchgeführt. Wie richtig, aber wie selten gewürdigt ist z. B. die Bemerkung, daß es nicht von Bedeutung ist, ob ein Straßenkomitee aus 7 oder aus 5 Mitgliedern bestehe und auf welche Weise es seinen Obmann wähle, sondern daß ein gewisser Teil des Verkehrswesens einer solchen Körperschaft zur Besorgung zugewiesen ist.

Der dem österreichischen Verwaltungsrecht Fernerstehende wüßte oft gerne mehr über das geltende Recht, über die theoretische Auffassung der Fragen und über die Ergebnisse der Rechtsanwendung. Das lag aber außer dem Rahmen eines Hilfsbuches. Es ist, auch so wie es ist, von großem Wert zur Orientierung über den Stand des österreichischen Verwaltungsrechts, des Reiches wie der 17 Kronländer, deren Gesetze und anderen Erlasse bis zum 4. Mai nachgeführt sind.

Der Stoff ist eingeteilt in einen allgemeinen, einen verfassungsrechtlichen und einen verwaltungsrechtlichen Teil, dieser letzte bei weitem der längste. Der verwaltungsrechtliche Teil zerfällt in die drei Abschnitte: Die Rechtssubjekte und das Gebiet ihrer Macht (Der Einzelne; die Familie; die Bevölkerung. — Die Association — Die Arbeit), Das Wohl der Gesamtheit (Verkehr - Gesundheit - Sicherheit der Person und des Eigentums - Versorgung - Ordnung und Ruhe - Bildung - Gesittung - Religion) und die Mittel zur Erhaltung des Gemeinwesens (Militär- und Steuerwesen).

Wenn der Stoff einer juristischen Untersuchung nur so eingeteilt werden soll, wie er sich am leichtesten vollständig und übersichtlich darstellen läßt, so wird man der Einteilung Schultze's nicht zustimmen; wenn die Einteilung sich aber vornehmlich nach den Grundgedanken des Rechtstoffes, d. h. in letzter Linie nach dem Endzwecke des Gesetzgebers richten soll, was wissenschaftlich gewiss verdienstlicher ist, so lassen sich Wiederholungen kaum vermeiden. Schultze ist dieser letzteren Methode gefolgt; er hat dadurch erreicht, den Gegenstand gründlicher und selbständiger verarbeitet und von verschiedenen Seiten beleuchtet zu haben.

Digitized by Google

Auf Einzelheiten können wir hier nicht eingehen.

Der Gebrauch des Werkes ist durch ein chronologisches und ein sehr ausführliches Sachregister erleichtert.

Prof. W. Burckhardt.

Max Huber, Prof. Dr., **Die Fortbildung des Völkerrechts** durch die zweite internationale Friedenskonferenz im Haag 1907. (Separatabdruck aus dem Jahrbuch für öffentliches Recht, Bd. II, 1908.)

Vorliegende, ca. 180 Seiten starke Abhandlung bietet eine Darstellung der Resultate und wichtigsten Beratungen der Friedenskonferenz auf dem Gebiete des Friedens- und Landkriegsrechtes. Sie verdient umsomehr Beachtung, als ihr Verfasser als Delegierter der Schweiz an der Haagerkonferenz teilnahm und den Stoff nicht nur gründlich zu beherrschen, sondern auch ausgezeichnet darzustellen weiß.

F. Meili, Prof. Dr. **Das Luftschiff im internen Recht und Völkerrecht.** Zürich, Art. Institut Orell Füßli. 61 S.

Die sich in der Gegenwart vollziehende großartige Tatsache der Eroberung der Luft gibt nicht nur der Technik, sondern auch der Jurisprudenz eine Fülle von neuen Problemen auf. Einem Scheinwerfer gleich, der das Dunkel erhellt, so beleuchtet Meilis interessante Schrift die mit der Luftschiffahrt zusammenhängenden Fragen, die sich auf den verschiedensten Rechtsgebieten ergeben. Man kann seiner Schlußbemerkung nur zustimmen, daß es Aufgabe der Staaten sei, in diesem modernsten Gebiete des modernen Rechts rasch zu handeln und positive Normen zu schaffen.

Vollenweider, Dr. H. M., **Beitrag zur Theorie der juristischen Person,** insbesondere ihrer innern Struktur. — Dogmatischer Versuch. Männedorf, E. Meyer, 08. 86 S.

Die Schrift (Dissertation) verrät dialektische Gewandtheit. Die Konstruktion der korporativen Mitgliedschafts- und Sonderrechte entbehrt jedoch der Rücksichtnahme auf die historische Entwicklung und die realen Tatsachen.

E. Blumenstein, Prof. Dr., **Die Grundlagen einer Neugestaltung der bernischen Verwaltungsrechtspflege.** (Separatabdruck aus der Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht), 60 S.

Unstreitig hat das Verwaltungsrecht in der Schweiz bis anhin lange nicht die Pflege und Entwicklung erfahren,

Digitized by Google

wie z. B. in Deutschland; die Demokratie führte vielerorts eine Schrankenlosigkeit der regierenden Behörden im Gefolge mit, die in einem monarchischen Staat unleidlich wäre. Einzelne Kantone suchen diesem Uebelstand abzuhelfen, so Bern, wo ein kräftiger Staatsgedanke sich mit dem Sinn für Organisation paart. Vorliegendes Gutachten ist eine vortreffliche Unterlage für die gesetzgeberische Aktion in dieser Materie, die bis zu einem Entwurfe der Justizdirektion gediehen ist. Ein neuerdings lanciertes Initiativbegehren wird die Erledigung der Materie beschleunigen.

Bulletin des Lois etc. du Canton de Berne, Tome IV. **Justice,** 3e volume.

L'édition allemande de ce volume renferme le *Code civil bernois,* qui, sauf un certain nombre d'articles abrogés, est en vigueur dans l'ancienne partie du canton, et le *Code de procédure civile* du 3 juin 1883, qui régit tout le territoire bernois.

Mais l'édition française, conformément à un arrêté du Conseil-exécutif en date du 14 juillet 1906, ne contient du Code civil bernois que les dispositions applicables dans les districts jurassiens. On y a en revanche inséré les articles du *Code civil français* et du *Code de procédure civile français,* ainsi que ceux d'autres lois françaises qui sont encore en vigueur dans le Jura. Quant au Code de procédure civile du 3 juin 1883, il figure en entier dans ce volume.

Die Ausgabe dieses sehr bemerkenswerten Bandes, der mit einer großen Anzahl wichtiger Anmerkungen versehen ist, wurde von Herrn Justizdirektor *Simonin* unter Beihilfe von Herrn Oberrichter *Folletête* besorgt. Wer die einschlägigen Verhältnisse auch nur einigermaßen kennt, weiß, wie delikat und mühevoll diese Arbeit war. Ueber ihre bleibende Bedeutung gibt der Protokollauszug der Regierungssitzung vom 12. Juli 1906 gute Auskunft, wo es u. a. heißt:

„Anderseits empfiehlt es sich, in die französische Gesetzessammlung auch die im Jura noch geltenden Bestimmungen des code civil français und des code de procédure civile aufzunehmen.

Die Angehörigen dieses Kantonsteiles sollen ebensogut wie diejenigen des alten Kantonsteiles den den letztern gewährten Vorteil genießen, einen offiziellen Text des für sie maßgebenden kantonalen Privatrechtes zu besitzen.

Digitized by Google

Diese französische Gesetzgebung wird, was hier besonders hervorzuheben ist, nicht nur bis zu der in zirka 4 bis 5 Jahren zu gewärtigenden Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, sondern auch nach diesem Zeitpunkte noch für zahlreiche Rechtsverhältnisse, die unter ihrer Herrschaft begründet worden sind, während längerer Zeit in Geltung bleiben.

Hiezu kommt, daß verschiedene Bestimmungen des kantonalen Rechtes, namentlich im Gebiete des Sachenrechtes, im Entwurfe des Zivilgesetzbuches vorbehalten sind (siehe Botschaft des Bundesrates, Abschnitt II). Diesbezüglich ist besonders hinzuweisen auf Art. 7 des Einleitungstitels, lautend:

„Wo das Gesetz auf die Uebung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Uebung nachgewiesen ist.

„Unter dem gleichen Vorbehalt können die Kantone auch weiterhin der Uebung und dem Ortsgebrauch Ausdruck verschaffen."

Dem Grundsatze nach kann daher nicht davon Umgang genommen werden, die im Jura noch geltenden Bestimmungen des c. c. f. und des c. p. c. in die französische Ausgabe der neuen Gesetzessammlung aufzunehmen, dies umso weniger, als es in einigen Jahren schwierig sein dürfte, zu wissen, welche Bestimmungen des französischen Rechts zu dieser oder jener Zeit im Jura zu Kraft bestanden, wenn nicht eine offizielle Sammlung darüber Auskunft gibt."

H. Türler, Die Grands Plaits zu Neuenstadt. Sep.-Abdr. aus dem Jahrbuch für Schweiz. Geschichte, Bd. 33. 29 S.

Der bernische Staatsarchivar gibt uns hier einen verdienstlichen Beitrag zur Rechtsgeschichte der Neuenstadtergegend. Neuenstadt erhielt 1318 das Stadtrecht von Biel. Neben der städtischen Organisation bestund aber die bisherige hofrechtliche weiter, welche ihren Mittelpunkt im placitum generale de Sales oder „Landgericht" hatte. Ueber das Verfahren an diesem Gerichtstag gibt ein bisher noch nie veröffentlichter Rodel aus dem 14. Jahrh. Auskunft, der vom Herausgeber einläßlich beleuchtet wird.

L. S. von Tscharner, Dr. jur., Fürsprecher, **Rechtsgeschichte des Obersimmentales bis zum Jahre 1798.** (Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 28). Bern, Stämpfli, 1908. 455 S.

Es ist ein stattlicher Band, der vor uns liegt; man

Digitized by Google

sieht ihm auf den ersten Blick an, daß seine Abfassung viel Zeit und Arbeit gekostet hat und einem regen und unermüdlichen historischen Sinn entsprungen ist. Dafür wird auch diese sorgfältig ausgeführte Monographie dem Verfasser einen bleibenden ehrenvollen Namen in den Reihen der bernischen Geschichtsforscher sichern. Das Simmental bot manche rechtshistorische Besonderheit; wir erwähnen hier nur das häufige Vorkommen von freien Bauern mit Mannlehen, ferner den Tschachtlan und die Landsgemeinde. Sehr einläßlich ist auch das vielfach interessante Privatrecht dargestellt. Mögen recht bald noch andere bernische Landschaften ähnliche Bearbeitung finden, nachdem dieser glückliche Anfang gemacht ist; noch ist die Auslese eine reiche.

Th. Sternberg, Dr. Pr. D. **Aktionenwissenschaft und Prozeßwissenschaft.** Lausanne, Edwin Frankfurter, 1908. 32 S.

Die von philosophischem Hauch getragene kleine Schrift enthält einen Angriff auf die gegenwärtig im Prozeßrecht herrschende Einseitigkeit der Prozeßcivilistik. „Ihr zur Seite müssen zwei andere Faktoren treten, deren es bedarf, um dem Prozeß die volle Würde und Wirkung zu sichern, die ihm im Reiche der Kultur zukommt: moralische Beseelung und politische Belebung.“ Auf ein von Sternberg in Aussicht gestelltes größeres Werk über die „Philosophie des Prozesses“ darf man nach dem Vorliegenden gespannt sein.

Bericht des eidgenössischen Versicherungsamtes pro 1906. Bern, A. Franke, 1908. LXII. 165 Seiten.

Der eigentliche Bericht, dem reiches statistisches Material angeschlossen ist, enthält eine Fülle beachtenswerter Bemerkungen. U. a. wird auf die vermehrte Rechtssicherheit verwiesen, deren sich fortan unser reich entwickeltes Versicherungsgewerbe infolge des neuen Bundesgesetzes über den Vers.-Vertrag erfreuen wird, welches jedoch zugleich auch eine Umarbeitung der allgemeinen Versicherungsbedingungen erheischt. Besonders hervorgehoben wird die Bedeutung der Rückversicherung und internationalen Risikoverteilung.

Schweiz. Versicherungszeitschrift. 1. Jahrgang. Redig. von Dr. W. Nauer. Verlag Art. Inst. Orell Füßli. Abonn. 6 Fr.

In einer Zeit, wo das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag seine praktische Laufbahn beginnt und die eidgen. Sozialversicherung vor der Türe steht, darf eine

Digitized by Google

Zeitschrift, die sich speziell mit diesen Materien befaßt, auf gute Aufnahme rechnen. Eine Anzahl hervorragender Fachleute sind als Mitarbeiter genannt.

Rechtsprechung.

Aus der Rechtsprechung des Bundesrates

(1907.)

Referent: Prof. Dr. *W. Burckhardt*, Sekretär des eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bern.

Handelsregister.

24. Huldi-Ruesch c. Bern, vom 22. März 1907. **Handelsregisterbeschwerde.** (B. Bl. 1907, II, 408; 1908, I, 514).

Obschon Art. 26 der Verordnung über das Handelsregister nicht ausdrücklich verlangt, daß der *Rekurs an den B. R. begründet* sei, gilt doch hier die gleiche Vorschrift wie nach Art. 178, Ziff. 3 des O. G. für den staatsrechtlichen Rekurs.

25. Peter Zai c. Aargau, vom 28. Sept. 1907. **Löschung einer Firma im Handelsregister.** (B. Bl. 1907, V, 243; 1908, I, 515).

Die Söhne eines verstorbenen Geschäftsinhabers sind nicht verpflichtet, die bisherige Firma *sofort* abzuändern, auch wenn sie die Erbschaft angetreten haben und das Geschäft nicht liquidieren wollen (vgl. Sahli, IV, Nr. 1597); es muß ihnen eine angemessene Frist gewährt werden, damit sie sich darüber schlüssig machen können, ob und in welcher Rechtsform sie das Geschäft gemeinsam weiterführen, oder ob sie es veräußern wollen. Die Fortführung des Geschäftes unter der alten Firma kann aber nur vorübergehend gestattet werden. In Anbetracht der Umstände setzte der B. R. eine Frist von einem Jahre seit dem Tode der Erblasserin. Weder Art. 866 O. R. noch Art. 28 der V. sind auf diesen Fall anwendbar.

Durch Beschluß vom 9. Juni 1908 hat der B. R. diese Frist nachträglich um ein Jahr verlängert.

Digitized by Google

26. Meier, Schmid & Cie., c. Uri, vom 21. Mai 1907. **Sistierung einer kantonalen Verfügung.**

Der Bundesrat ist nicht zuständig, die Vollziehung einer kantonalen Verfügung über die Eintragung in das Handelsregister aufzuhalten; wenn der zur Eintragung Verhaltene dies glaubt verlangen zu können, muß er sich an die kantonale Behörde wenden, die die Verfügung erlassen hat.

27. Schoder c. Bern, vom 22. März 1907. **Eintragspflicht.**

Handwerker, die ein Verkaufsmagazin halten, sind zur Eintragung verpflichtet, wenn der durchschnittliche Wert ihres Warenlagers mindestens 2000 Fr. beträgt und ihr Jahresumsatz 10,000 Fr. erreicht. (Vgl. B. Bl. 1892, IV, 337).

28. Süssli c. Tessin, vom 13. Juni 1907. **Eintragspflicht.** (B. Bl. 1907, IV, 391; 1908, I, 514).

Als *Kollektivgesellschafter* sind nach Art. 552 O. R. eintragspflichtig solche Personen, die, ohne ihre Haftbarkeit zu beschränken, ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Der Rekurrent und sein Gesellschafter haben keinen Handel mit Möbeln getrieben; sie haben sich darauf beschränkt, Möbel auf Bestellung zu verfertigen. Bei solcher Art der Geschäfte seien die Rekurrenten nur eintragspflichtig, wenn ihr Geschäft eine Roheinnahme von 10,000 Fr. erreichte (Art. 13, Ziff. 3, lit. c. der V.). Das war aber nicht der Fall. Entscheidend ist übrigens, daß ihr Geschäftsbetrieb nur handwerksmäßig war, da sie keine Arbeiter beschäftigten, sondern alle Arbeiten selbst ausführten. (Vgl. Salis, IV, Nr. 1606).

29. Humbert-Droz c. Aufsichtsbehörde von Neuenburg; Eintragspflicht eines Forstbesitzers. (B. Bl. 1905, VI, 565; 1908, I, 515).

Die Forstwirtschaft ist an sich weder ein Handels- noch ein Fabrikationsgewerbe. (Art. 13, Ziff. 1 u. 2 der V.); sie ist aber eintragspflichtig, wenn die Gewinnung des Holzes gewerbsmäßig betrieben wird, oder wenn das gewonnene Holz nach kaufmännischer Art vertrieben wird (Holzhandel). Das erste ist nur der Fall, wenn die Produktion auf die Dauer angelegt ist und als regelmäßige Erwerbsquelle fortgesetzt betrieben werden kann. (B. Bl. 1900,

Digitized by Google

III, 503; 1904, I, 430.) Der Rekurrent hat die Wälder nicht erworben, um sich diesem Gewerbe zu widmen, sondern durch Erbgang; er wird in den nächsten Jahren nur deshalb größere Holzschläge vornehmen, weil die Wälder schlagreif sind; daß er nachher andere schlagreife Wälder kaufen werde, um sie auszubeuten, ist nicht anzunehmen. Ueber den Vertrieb des Holzes kann zur Stunde noch nichts gesagt werden. Der Rekurrent ist nicht eintragspflichtig.

80. Colombi c. Aufsichtsbehörde Tessin, vom 21. Mai 1907 **Handelsregister.**

Die Einrede des Rekurrenten, daß er seit der Verfügung, die ihn zur Eintragung ins Handelsregister angehalten hat, das Geschäft bereits wieder aufgegeben habe, ist unerheblich, da der Bundesrat nur zu entscheiden hat, ob er *zur Zeit der kantonalen Verfügung eintragspflichtig* war. Die Gläubiger haben ein Interesse an seiner Eintragung, wenn er auch sofort nachher wieder die Löschung verlangen kann. (Art. 40 des Sch. K. G.).

Gleiche Entscheidung i. S. *Kündig* c. *Zürich*, vom 27. August 1907.

81. Fuhrhalter- und Pferdebesitzer-Verband von Zürich und Umgebung c. Aufsichtsbehörde Zürich, vom 5. März 1907. **Verein oder Genossenschaft?**

Da der Verband u. a. die Erhöhung der Preise erstrebt, eine Zentralstelle für Arbeitsvermittlung unterhält, den Mitgliedern unter Konventionalstrafe einen Minimaltarif vorschreibt, so dient er dem ökonomischen Interesse der Mitglieder und ist als Genossenschaft in das Handelsregister einzutragen. Daß kein eigentlicher Gewinn verabfolgt wird, beweist nicht das Gegenteil.

Grundsätze des Verfahrens.

82. Wolff u. Cons. c. Neuenburg, vom 11. Januar 1907. **Art der Abstimmung über ein Initiativbegehren.** (B. Bl. 1907, I, 111; 1908, I, 324).

Der B. R. ist nach Art. 189 des Org.-Ges. *kompetent*, die Frage zu beurteilen, ob der Große Rat das Initiativbegehren dem Volke in richtiger Form zur Abstimmung vorlegt. Die Rekurrenten, die das Gegenteil behaupten, machen ein *politisches Recht* geltend. Die Beschwerde kann zwar

Digitized by Google

auch auf den Grundsatz der Gewaltentrennung gestützt werden; das B. Ger. hat sich von diesem Gesichtspunkte aus kompetent erachtet, eine ähnliche Frage im Falle Kündig u. Cons. zu entscheiden (A. S. 24, I, 64). Das B. Ger. scheint sich aber seither der Ansicht zugewendet zu haben, daß der B. R. alle mit der Ausübung politischer Rechte zusammenhängenden Beschwerden zu beurteilen habe, auch wenn daneben andere Grundsätze zur Anwendung kommen, was auch der Absicht des Org. Ges. entspricht. (B. Ger. E. 27, I, 487; 28, I, 154; vgl. 22, 366).

33. Bürgler u. Föllmi c. Uri. vom 11. Oktober 1907. **Fischereipatent.** (B. Bl. 1907, V, 287; 1908, I, 527).

Die Fischerei ist im Kanton Uri nicht ein freies Gewerbe, sondern ein Regalrecht des Staates und steht deshalb nicht unter dem Schutz des Art. 21 der B. V. Wenn die Rekurrenten eine Verletzung des Art. 4 B. V. behaupten, so ist daher das B. Ger. *zuständig*, diese Beschwerde zu beurteilen. (Vgl. oben S. 362, Nr. 1 B. R. B. i. S. Mächler).

34. Colliard c. Freiburg, vom 11. Oktober 1907. **Massgebender Tatbestand.** (B. Bl. 1908, I, 526).

Da der B. R. als Rekursbehörde nur zu prüfen hat, ob die angefochtene Entscheidung der kantonalen Behörde verfassungswidrig ist, hat er seinem Rekursentscheid in der Regel die *gleichen Tatsachen* zu Grunde zu legen, die der *kantonalen Instanz* vorgelegen haben. Er kann daher neue Angaben des Rekurrenten über die Anlage und die Einrichtung seiner Wirtschaft nicht berücksichtigen.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

30. Wo ist die Erbschaftssteuer vom Nachlass eines Bevormundeten zu bezahlen, wenn dieser in einem andern Kanton wohnte als wo die Vormundschaft geführt wurde.

Der Erbschaftssteueranspruch steht dem Kanton zu, in dem die Vormundschaft geführt wurde, da dort der letzte Wohnsitz im Sinne des Gesetzes betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter sich be-

Digitized by Google

fand (vgl. A. S. Bd. 30, I Nr. 118, 21 I Nr. 8; ferner auch Bd. 31 I S. 603 und 32 I S. 55).

Urteil vom 24. Juni 1908 i. S. Zürich c. St. Gallen.

81. Glaubens- und Kultusfreiheit; können sich die Mormonenapostel darauf berufen?

Ja: Die religiöse Propaganda gehört zur Glaubens-Ausübung im Sinne von Art. 50 Al. 1 B. V., die innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung gewährleistet ist. Unter der Sittlichkeit ist die rechtlich geschützte sittliche Ordnung zu verstehen. Als die Sittlichkeit verletzend kann bei den Mormonen nur in Betracht fallen, daß ihre Lehre die Vielweiberei als von der Religion gestattet erklärt. Allein eine Aufreizung dazu liegt nicht vor, weil sich die Sekte andererseits den Staatsgesetzen unterwirft, und die Vielehe nicht nur hier, sondern auch in den für die Auswanderung in Betracht kommenden Staaten, speziell im Mormonenstaat Utah, verboten ist.

Urteil vom 25. Juni 1908 i. S. Bär u. Cons. ca. Graubünden.

82. Wesentlicher Irrtum. Art. 18 u. 19 O. R.

Frieda Schenker hatte sich auf Drängen des Ernst Hofmann zu Gunsten des E. Barbezat für einen von Hofmann mit letzterem abgeschlossenen Miet- und Kaufvertrag als solidarische Mitschuldnerin verpflichtet. Der Verpflichtungsakt war in französischer Sprache abgefaßt, von der die Frieda Schenker nichts verstand; Hofmann diente als Dolmetscher. Hintenher focht die F. Schenker den Vertrag an, u. a. wegen wesentlichen Irrtums, weil sie sich lediglich auf 6 Monate habe verbürgen wollen und zwar für eine andere Schuld. Ihre Klage wurde in allen Instanzen geschützt. Das B. G. untersuchte zuerst, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliege, was aber vom Gesichtspunkte der vom B. G. stets vertretenen Erklärungs- oder Vertrauenstheorie unter Verweisung namentlich auf Manigk, Willenserklärungen, S. 185 u. 459, bejaht wurde. Dagegen nahm es das Vorhandensein eines Irrtums an, weil Hofmann der F. Schenker über den Inhalt der von ihr unterschriebenen Verpflichtungen falsche Angaben gemacht habe. Und zwar handle es sich um einen wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 19 Ziff. 1, „vielleicht auch nach Ziff. 4“ O. R.

„Wäre aber auch keiner der Fälle von Art. 19 Ziff. 1—4 O. R. vorhanden, so müßte die Wesentlichkeit bei der vor-

Digitized by Google

liegenden Divergenz zwischen Wille und Erklärung doch angenommen werden, denn die dort angeführten Fälle sind nur exemplicativ, nicht limitativ, verstanden. Ob dabei das gewollte Geschäft (die Bürgschaft) im Endeffekt vielleicht weniger günstig hätte sein können, als die Solidarschuldübernahme, wie der Beklagte vor den Vorinstanzen behauptete, ist irrelevant; für die Wesentlichkeit der Divergenz kommt es nicht auf das finanzielle Endergebnis an, und übrigens ist diese Behauptung auch evident unzutreffend, wenn man die Terminbürgschaft mit der Schuldübernahme vergleicht; die behauptete Sicherheit in den Kaufobjekten erhielt die Klägerin durch diese Schuldübernahme ja nicht. Ein solcher Irrtum über die Natur des gewollten Vertrages ist jedenfalls nicht als Irrtum im Motiv aufzufassen. Im weiteren Sinne ist ja allerdings auch die Vorstellung über diesen Inhalt des Erklärten ein Motiv zur Abgabe der Erklärung; allein in dieser weitern Fassung wäre jeder Irrtum ein solcher im Motiv. Unter letzterem ist aber nur ein solcher verstanden, der sich nicht auf den nach Art. 19 wesentlichen Inhalt des Erklärten bezieht (Staudinger I, S. 352).

„Nun ist freilich nicht zu bestreiten, daß die deutsche Praxis im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs schon oft versucht hat, das durch die Irrtumsanfechtung herbeigeführte Resultat zu vermeiden und zwar auch in Fällen wie dem vorliegenden. Vgl. Seuffert, Archiv, 32 Nr. 87; 41 Nr. 4; 29 Nr. 215. Allein die Begründungen dieser Urteile gehen nur von Zweckmäßigkeitserwägungen aus, sie stehen aber zum Standpunkt des S. O. R. im Widerspruch. Das O. R. gestattet die Relevierung des von der Erklärung differierenden Willens, wenn die Diskrepanz wesentlich ist, ohne Rücksicht auf die Erkennbarkeit dieser Differenz und ohne daß die Voraussetzungen der exceptio doli oder der Mangel guten Glaubens beim Gegner vorliegt. Es berücksichtigt also, entgegen den einseitigen Interessen der Verkehrssicherheit auch die Interessen des Schuldners und findet den Ausgleich nicht in einer Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit, sondern in der Schadenersatzpflicht des Art. 23. Einzig die Einschränkung ist zu machen: Wenn der Erklärende auch keine Kenntnis vom Inhalt des Erklärten hat, jedoch sich im Bewußtsein der Unkenntnis des Inhalts, in Unterwerfung unter Alles, was der Gegner will, erklärt, so ist die Anfechtung ausgeschlossen. Es kann

Digitized by Google

in solchem Falle nicht nur die Existenz einer Erklärung, wie oben ausgeführt, nicht bezweifelt werden, sondern es ist auch keine Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums möglich. (Vgl. R. G. 62 S. 205; Seuffert, Archiv 37 Nr. 288.) Die Anfechtung ist daher trotz dieser Bedenken zuzulassen."

Urteil vom 16. Juli 1908 i. S. Barbezat c. Schenker.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1908.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

49. Art. 67 O. R.: Voraussetzungen der Haftung des Eigentümers nach Art. 67 O. R. Selbstverschulden des Verletzten.

König ca. Probst, Chappuis & Wolf.
16. Januar 1908 (II. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beklagtschaft kann auch nicht etwa einwenden, der Unfall sei nicht unmittelbar durch das Gerüst verursacht worden. Die Eigentümerhaftung des Art. 67 O. R. besteht nicht nur dann, wenn der Schaden durch unmittelbare körperliche Einwirkung des Werkes eingetreten ist, sondern auch dann, wenn noch andere Momente — wie menschliche Tätigkeit u. dergl. — hinzugetreten sind (B. E. Bde. XVI, 814; XXVIII, 291; XXIX, 691).

Auch bei der Haftung aus Art. 67 O. R. ist indessen das Selbstverschulden des Verletzten im Sinne von Art. 51 Absatz 2 mit in Berücksichtigung zu ziehen. Untersucht man den vorliegenden Fall nach dieser Richtung hin, so muß unbedingt ein weitgehendes Selbstverschulden des Verletzten angenommen werden. Die Prozedur ergibt, daß Hans König auf der Brücke verweilte, um eine Gruppe von Arbeitern zu beobachten. Festgestellt ist ferner, daß er zu verschiedenen Malen vom Gerüst weggeschickt und auf die Gefahr eines längeren Aufenthaltes daselbst aufmerksam gemacht worden ist. Wichtig ist endlich die Aussage der

Digitized by Google

Zeugen Guillod und Merz, die mit Bestimmtheit erklären, Hans König sei auch am Unfalltage selber weggeschickt worden; diese Depositionen fallen um so schwerer in's Gewicht, als Merz nicht, wie Guillod, Angestellter der Beklagten Firma war.

Durch dieses renitente Verhalten hat Hans König den Unfall unbedingt mitverschuldet und zwar erscheint sein Verschulden größer, als dasjenige der Beklagten, indem die Gefahr, auch abgesehen von der ihm erteilten Warnung, bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennbar war.

50. Gesetz betr. die hypothekarische Mitverpfändung beweglicher Sachen als Zubehörden eines Immobiliarpfandes, vom 18. März 1904: Fallen Pferde und Wagenmaterial einer Fuhrhalterei auch unter die in Art. 1 dieses Gesetzes genannten Mobilien?

Hügli ca. Konkursmasse Tschannen.
23. Januar 1908 (II. Abt.)

Aus den Entscheidungsgründen:

2. Der Streit zwischen den Parteien dreht sich lediglich um die Frage, ob nach Mitgabe des vorerwähnten Gesetzes vom 13. März 1904 zu Gunsten des Klägers ein gültiges Pfandrecht an den zur Ausübung des Fuhrhalterei-Gewerbes des Tschannen dienenden Beweglichkeiten begründet worden sei.

Der Kläger bejaht diese Frage unter Berufung darauf, daß die in Rede stehenden Inventargegenstände dazu gedient hätten, die Liegenschaft ihrer Zweckbestimmung (Betrieb der Fuhrhalterei) dienstbar zu machen.

Aus den prozedürlichen Anbringen folge zwingend, daß die im Inventar vom 5. April 1905 bezeichneten Beweglichkeiten als Zubehörden der verpfändeten Liegenschaft im Sinne des Art. 211 O. R. und des Gesetzes vom 13. März 1904 aufzufassen seien.

Dem gegenüber vertritt die Beklagte (in Art. 30) den Standpunkt: Zum Begriff einer Zubehörde sei die Existenz einer der Nebensache übergeordneten Hauptsache nötig. Nach Art. 1 l. c. müsse der liegenschaftliche Geschäftsbetrieb eines industriellen oder gewerblichen Etablissements als Hauptsache vorliegen. Dies treffe bei der Fuhrhalterei nicht zu. Dieselbe werde nicht mit einem Gebäude oder

Digitized by Google

einer Liegenschaft als Hauptsache geführt, sondern durch persönliche Tätigkeit mit dem Pferde- und Wagenmaterial. Pferde und Wagen dienen nicht mittelbar dem liegenschaftlichen Betriebe des Etablissements, wie das Hotelmobilar oder die Maschinen, sondern sie seien unmittelbar zum Geschäftsbetriebe selbst bestimmt. Pferde und Wagen seien einfache Illaten, denen die Liegenschaft ihrerseits zur Unterbringung und Aufbewahrung diene, ohne damit ihrerseits zu einem gewerblichen Etablissement zu werden. Der Fuhrhalter könne sein Gewerbe unabhängig von einer bestimmten Liegenschaft ausüben; er könne seine Pferde da und dort einstellen, seine Wagen in verschiedenen Remisen aufbewahren, sie dienen immer seinen persönlichen Geschäften, nicht einem liegenschaftlichen Betrieb. Deshalb können Pferde und Wagen im Fuhrhaltergeschäft nie Zubehörden der Liegenschaft werden. Hotelmobiliar und Maschinen dagegen seien vom Betriebe des Hotels, der Fabrik untrennbar und ausschließlich diesem Betriebe bestimmt.

Für diese Auffassung beruft sich die Beklagte auf ein von Prof. Dr. Huber der Kantonalbank von Bern erstattetes und in Art. 31 reproduziertes Gutachten vom 27. Juli 1906.

3. Bei der Auslegung des Gesetzes vom 13. März 1904, speziell des Art. 1, muß man sich vor allem aus die Entstehungsgeschichte desselben vor Augen halten.

Das Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 21. Februar 1902 i. S. Spar- und Leihkasse Frutigen c. Schweiz. Volksbank (Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. 38, S. 304), wodurch die Verpfändung von Hotelmobiliar als Pertinenz des Hotels ungültig erklärt worden war, hatte in gewissen Kreisen wegen der dadurch bedingten Kreditserschütterung Besorgnis erregt und zu einer bezüglichen Eingabe des bernischen Handels- und Industrievereins an den Großen Rat geführt, worin verlangt wurde, daß mit möglichster Beförderung auf dem Wege der Spezialgesetzgebung die hypothekarische Mitverpfändung von Mobilien mit Immobilien gestattet werde. Diese Eingabe erfolgte auf Grund einer auf Antrag des Referenten, des damaligen Obergerichtsschreibers Trüssel, gefaßten Resolution, deren Ziffer 1 lautet:

„Die Zulassung der hypothekarischen Mitverpfändung der Maschinen einer Fabrik und des Mobiliars eines Hotels und die dadurch geschaffene Möglichkeit, diese der Natur

Digitized by Google

der Sache nach mit der Hauptsache ein einheitliches Ganzes bildenden Beweglichkeiten als Kreditmittel verwenden zu können, ist ein berechtigtes, wirtschaftliches Postulat, dessen Verwirklichung als wirksames Mittel zur Förderung der Industrie zu dienen geeignet ist."

Diesen Wünschen der beteiligten Kreise sollte durch Erlaß des Gesetzes vom 13. März 1904 entsprochen werden. Aus den Verhandlungen des Großen Rates über den betr. Gesetzesentwurf, welche im übrigen keine sehr große Ausbeute bietet, sind folgende 3 Punkte zu entnehmen:

1. Man wollte von einer authentischen Interpretation der Satz. 344 und 345 nichts wissen, sondern man wollte auf dem Wege der Spezialgesetzgebung die Möglichkeit schaffen, auch solche Mobilien als Zubehörden eines Immobile mitzuverpfänden, welche sich nicht unter den Begriff der Pertinenzen im Sinne von Satz. 344 und 345 C. subsumieren ließen.

2. Bei landwirtschaftlichen Betrieben sollte die Mitverpfändung des Inventars ausgeschlossen sein.

3. Als Beispiele für das Anwendungsgebiet des Gesetzes wurden namhaft gemacht das Mobiliar eines Hotels, die Maschinen einer Fabrik; ferner wurden als Beispiele genannt: Mühlen, Brauhäuser.

Das Gesetz stützt sich auf Art. 211 O. R., welcher den Kantonen die Befugnis zum Erlaß von Vorschriften einräumt, wonach bewegliche Sachen als Zubehörden eines Immobiliarpfandes nach den für dieses geltenden Formen mitverpfändet werden können.

Darin liegt ausgesprochen, daß Art. 211 O. R. jedenfalls nur auf solche bewegliche Sachen Bezug hat, welche sich als Zubehörden einer unbeweglichen Sache darstellen, und wenn auch nach dem Schlußpassus des Art. 211 die Frage, was als Zubehörde einer Liegenschaft zu betrachten sei, nach dem kantonalen Rechte sich beurteilt, so ist doch der kantonale Gesetzgeber immer an die Schranke gebunden, daß er nicht die Mitverpfändung beliebiger beweglicher Sachen mit einer Liegenschaft zulassen darf, sondern daß es sich stets um solche Mobilien handeln muß, welche — wenn auch im weitesten Sinne des Wortes — als Zubehörden einer Liegenschaft angesehen werden können. So hat denn auch das Bundesgericht in seinem Urteil vom 19. Januar 1889 i. S. Würsch & Fühler ausgesprochen, daß

Digitized by Google

bewegliche Sachen, welche nicht Zubehörden einer Liegenschaft sind, bezw. auch nach dem weitest denkbaren Begriff es nicht sein können, *weder kraft kantonalen Gesetzes* noch kraft Vertrages in der Liegenschaftsverpfändung mit inbegriffen, sondern daß an solchen ein gültiges Pfandrecht nur nach Maßgabe der Bestimmungen des O. R. — d. h. als Faustpfand gemäß Art. 210 das. — bestellt werden könne (A. S. d. b. E. Bd. XV, S. 138/139). Im nämlichen Sinne äußert sich auch Wäber in seiner Dissertation über die Pertinenz im modernen Rechte, S. 129, und ebenso Huber in seinem vorerwähnten Gutachten.

In dieser Beziehung bezeichnet das Gesetz in Art. 1 Maschinen, Hotelmobiliar u. s. w. als Zubehörden, welche gleichzeitig mit der Liegenschaft mitverpfändet werden können und es fragt sich daher, ob auch die zum Fuhrhaltereibetriebe dienenden Beweglichkeiten als Zubehörde eines Immobile betrachtet werden können.

Der Begriff der *Zubehörde* setzt notwendigerweise die Existenz einer *Hauptsache* voraus, der jene untergeordnet und als *Nebensache* zu dienen bestimmt ist (Regelsberger Pand. I, S. 388; Motive z. deutsch. bürgerl. Ges. III, S. 62; Gutachten Huber; Wäber a. a. O. S. 54 u. 55).

Fragt man sich nun, in welchem Umfange in Gemäßheit von Art. 1 des Gesetzes vom 13. März 1904 die zu einem Geschäftsbetrieb dienenden Beweglichkeiten als Zubehörde der Liegenschaft zu betrachten sind, so ist allerdings dort nicht ganz deutlich ausgedrückt, daß die betr. Beweglichkeiten der Liegenschaft untergeordnet und ihr als Nebensache zu dienen bestimmt sein müssen und man könnte daher versucht sein anzunehmen, als Zubehörde einer Liegenschaft können alle zum Betriebe einer zu dieser Liegenschaft in irgendwelcher Beziehung stehenden Unternehmung dienenden Beweglichkeiten mitverpfändet werden. Allein gegen eine solche Annahme spricht schon die Erwägung, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Zubehörde" einer Liegenschaft doch offenbar nicht eine Sache bezeichnen wollte, welcher ein begriffliches Merkmal der Pertinenzqualität — die Unterordnung als Nebensache unter die Liegenschaft als Hauptsache — abgehen würde (vgl. auch Art. 524 u. 525 c. c.). Weiterhin kommt auch den im Gesetzestext als Beispiele angeführten Beweglichkeiten — Maschinen, Hotelmobiliar — eine typische Bedeutung zu in

Digitized by Google

der Richtung, daß darin das Moment der dienenden Bestimmung der fraglichen Beweglichkeiten zu einem Grundstück deutlich zu Tage tritt. Bei einem Fabriketablissement gilt das Gebäude, das Grundstück *in der Regel*, welche durch allfällige Ausnahmen nur bestätigt wird, als Hauptsache, die Maschinen dagegen als Nebensache und selbst wenn die Maschinen zusammen mehr wert sein sollten als das Gebäude, zeigt sich — abgesehen davon, daß es eigentlich auf den Wert der einzelnen Maschinen ankommt, welcher jedenfalls den Wert der Liegenschaft nicht übersteigt — das Verhältnis der Unterordnung der erstern unter das letztere schon darin, daß das Gebäude ihnen ihre Stellung im Raume anweist, sie „lokalisiert" (Wäber a. a. O. S. 54). Das gleiche gilt bezüglich des Hotelmobiliars, sowie bezüglich der Beweglichkeiten, welche zur Einrichtung einer Mühle, eines Brauhauses gehören. Es ist überhaupt logisch undenkbar, daß eine unbewegliche Sache einer beweglichen Sache als Accessorium unterordnet sein könnte (Unger, Oesterr. Privatr. I S. 460; Wäber a. a. O.; Seuff. Arch. N. F. 10, S. 266).

Es ist daher nach dem Gesagten anzunehmen, daß nur solche zu einem Geschäftsbetriebe dienenden Beweglichkeiten mit der Liegenschaft mitverpfändet werden können, welche zu derselben im Verhältnis der Unterordnung der Nebensache unter die Hauptsache stehen, welche geeignet sind, dieselbe in der Erfüllung ihrer Aufgabe zu unterstützen. Eine Bestätigung hiefür bildet auch die Bestimmung von Art. 4 l. c., daß das Pfandrecht an den als Zubehörde verpfändeten Gegenständen dadurch erlischt, daß sie von der betreffenden Liegenschaft *dauernd* weggebracht oder der *Verwendung für dieselbe entzogen* werden, denn daraus folgt argumento e contrario, daß das Pfandrecht an den betreffenden Gegenständen ein dauerndes Verhältnis der Unterordnung derselben unter die Liegenschaft, der sie als Nebensache zu dienen bestimmt sind, zur Voraussetzung hat.

Fragt man sich nun, wie es sich in dieser Beziehung mit den zum Betriebe einer Fuhrhalterei dienenden Beweglichkeiten verhält, so springt sofort in die Augen, daß nicht gesagt werden kann, dieselben seien bestimmt, die Liegenschaft in der Erfüllung ihrer Aufgabe zu unterstützen. Pferde und Wagen eines Fuhrhalters werden meist außerhalb der betreffenden Liegenschaft verwendet, der Betrieb der Fuhrhalterei steht zur Liegenschaft in keinerlei dauernder

Digitized by Google

Verbindung und die zu diesem Betriebe dienenden Beweglichkeiten qualifizieren sich nicht als Nebensachen zur Liegenschaft. Eher ließe sich sagen, die Liegenschaft diene diesen Beweglichkeiten als Unterbringungsort. Der Betrieb der Fuhrhalterei vollzieht sich unmittelbar durch entsprechende Verwendung der Pferde und des Wagenparks, er erschöpft sich in der persönlichen Betätigung des Fuhrhalters und seiner Leute bei der Ausübung ihres Gewerbes und ist, wie gesagt, in keiner Weise an die Liegenschaft gebunden, auf welcher Pferde und Wagen zufällig untergebracht sind; die Liegenschaft kann daher nicht als Hauptsache in Betracht kommen, mit welcher das Betriebsinventar als Zubehörde im Sinne des Gesetzes mitverpfändet werden könnte (s. das Gutachten Huber). Es ist übrigens auch zu beachten, daß speziell die Beschaffenheit der Liegenschaft des Tschannen nicht eine derartige ist, welche auf eine dauernde Bestimmung derselben zum Betriebe der Fuhrhalterei hinweisen würde, denn die dort vorhandene Stallung und Remise könnten ebensogut zum Betriebe eines Gasthofes, einer Kostpferdehalterei u. dgl. Verwendung finden.

Eine weitere Bestätigung dafür, daß die in Rede stehenden Beweglichkeiten nicht als Zubehörden der Liegenschaft des Tschannen mitverpfändet werden konnten, bildet die Erwägung, daß in Art. 1 l. c. nicht etwa von industriellen und gewerblichen Unternehmungen *schlechthin* die Rede ist, sondern von industriellen und gewerblichen *Etablissements*. Darunter können nur solche Unternehmungen verstanden werden, *mit Bezug auf deren Betrieb die Liegenschaft die Hauptsache bildet*, deren Betrieb ohne Gebäude und Grundstücke gar nicht denkbar ist, wie z. B. derjenige einer Fabrik, eines Hotels, einer Mühle, einer Brauerei. Dagegen erscheint es nicht angängig, die Fuhrhalterei einzig mit Rücksicht darauf, daß Pferde und Wagenpark in einem bestimmten Gebäude untergebracht sind, unter den Begriff eines gewerblichen *Etablissements* im gesetzlichen Sinne zu subsumieren. Unter diesen Umständen fehlt es aber bei der Unternehmung der Fuhrhalterei eben gerade an dem Erfordernis für die Möglichkeit der Mitverpfändung der zum Geschäftsbetriebe dienenden Beweglichkeiten als Zubehörden eines Immobile, nämlich an dem Verhältnis der Unterordnung dieser Beweglichkeiten als Nebensachen unter eine Liegenschaft als Hauptsache.

Digitized by Google

51. Art. 62 O. R.: Haftet der Geschäftsherr auch für ideellen Schaden gemäss Art. 55 O. R.? Haftet er für die Prozesskosten des Verletzten aus dem Prozess gegen den schädigenden Angestellten?

Solidarität der Haftung des Geschäftsherrn neben dem Angestellten. Art. 165 O. R.

Sourbeck ca. Arbeiterunion.
28. Januar 1908 (I. Abt.).

Tatbestand:

1. In der „Berner Tagwacht" vom 8. Dezember 1900 erschien ein der „Berner Volkszeitung" entnommenes Gedicht, das sich unter anderem mit der Person des heutigen Klägers, Theodor Sourbeck, beschäftigte.

Dieser Veröffentlichung wegen klagte Sourbeck gegen den verantwortlichen Redaktor der „Berner Tagwacht", Karl Moor, auf Bezahlung einer Entschädigung gemäß Art. 55 O. R. Durch rechtskräftiges Urteil des Appellations- und Kassationshofes, I. Abteilung, vom 29. September 1906 wurde Karl Moor dem Kläger Sourbeck gegenüber zu einer Entschädigung von Fr. 100 nebst Zins zu 5 % seit 11. Dezember 1900 und zu Fr. 400 Prozeßkosten verurteilt.

2. Am 14. Dezember 1901 nun — während der Rechtshängigkeit des Prozesses Sourbeck c. Moor — reichte Theodor Sourbeck die vorliegend zu beurteilende Klage gegen die Genossenschaft Arbeiterunion Bern ein, worin verlangt wird, die Beklagte sei für den Schaden, welchen Karl Moor dem Kläger durch Veröffentlichung jenes Gedichtes verursacht habe, haftbar zu erklären und der Betrag dieses Schadens sei gerichtlich festzusetzen.

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Wenn der Vertreter des Klägers im heutigen Termine versucht hat, der Klage eine neue Grundlage zu geben, nämlich diejenige einer *direkten Verletzung* des Klägers durch die Beklagte im Sinne von Art. 55 O. R., so kann er mit seinen daherigen Anbringen natürlich nicht gehört werden, indem in den Akten, auf deren Grund der vorwürfige Rechtsstreit zu entscheiden ist, jegliche Behauptung über das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen einer derartigen Haftung der Beklagten fehlt.

So wie die Klage substantiiert ist, kann sie bloß gemäß Art. 62 O. R. auf ihre Begründetheit geprüft werden.

Digitized by Google

2. Daß die Beklagte auf Grund dieser Gesetzesbestimmung prinzipiell und allgemein für den Schaden verantwortlich ist, den Karl Moor in Ausübung seiner Tätigkeit als Redaktor der Tagwacht dem Kläger zugefügt hat, kann nicht in Abrede gestellt werden, indem unbestritten geblieben ist, daß Moor der Angestellte der Beklagten ist und daß diese die Herausgabe der Tagwacht als Gewerbe betreibt (Art. 62 Al. 2 O. R.) und weiterhin feststeht, daß sie einen Exkulpationsbeweis gar nicht angetreten hat.

Ihre Haftbarkeit könnte demnach höchstens verneint werden mit Rücksicht auf den von ihr eingenommenen Standpunkt, daß ein Schaden *gemäß Art. 55 O. R.* vom Geschäftsherrn nicht zu ersetzen sei. Allein es kann kein Grund geltend gemacht werden, aus dem dieser Standpunkt zu rechtfertigen wäre. Denn die Art. 61 und 62 O. R. unterscheiden in keiner Weise zwischen Vermögensschaden und ideellem Schaden; danach ist anzunehmen, daß in ihnen die Haftbarkeit für allen nach den Art. 50 ff. O. R. denkbaren Schaden statuiert werden soll, also auch für den Schaden, dessen Ersatz der Verletzte auf Grund der Art. 54 u. 55 O. R. zu fordern berechtigt ist. Daß dem Anspruch aus Art. 55 nicht etwa pönaler Charakter zukommt, daß vielmehr die auf diese Gesetzesbestimmung gegründete Forderung des Verletzten wirklich eine *Schadenersatzforderung* ist, hat das Bundesgericht schon mehrfach festgestellt (vgl. B. G. E. Bd. XI, p. 204).

Danach steht außer Zweifel, daß der Geschäftsherr auch für den Schaden verantwortlich ist, den ein durch die geschäftlichen Verrichtungen seines Angestellten Verletzter auf Grund von Art. 55 O. R. geltend macht. Damit ist für den vorliegenden Fall gesagt, daß die Beklagte haftbar zu erklären ist für die Summe von Fr. 100, d. h. den Betrag, der dem Kläger vom Appellations- und Kassationshofe zugesprochen wurde als Ersatz für den von Karl Moor ihm zugefügten tort moral; denn dieser immaterielle Schaden wurde von Moor zweifellos in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen als Angestellter der Beklagten verursacht.

3. Anders aber steht es mit Bezug auf den eingeklagten Prozeßkostenbetrag. Es wird, auch bei der denkbar weitesten Interpretation der bezüglichen Bestimmung von Art. 62 O. R., nicht gesagt werden können, diese Kosten

Digitized by Google

seien ein Schaden, den Moor dem Kläger „in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen“ als Redaktor der Tagwacht zugefügt habe; denn als beklagte Prozeßpartei handelte Moor nicht in geschäftlicher Eigenschaft.

Ein Zusammenhang zwischen der schädigenden Geschäftstätigkeit Moor's und diesen Kosten ist auch nicht etwa in der Weise gegeben, daß der Kläger genötigt — oder auch nur daran interessiert — gewesen wäre, erst gegen Moor zu klagen, daß also diese Kosten eine notwendige Voraussetzung der Geltendmachung seines Schadenersatzanspruches gegenüber der heutigen Beklagten bildeten; ebensogut wie gegen Moor, konnte nämlich der Kläger bei der solidarischen Haftbarkeit der Beklagten (vgl. Hafner, Art. 62 N. 1, bezw. 60 N. 2, 162 N. 4) direkt und primär gegen die Letztere vorgehen.

Aus diesen Gründen kann für die Prozeßkostenforderung auf Grund der Bestimmungen von Art. 62 O. R. keinesfalls eine Haftung der Beklagten konstruiert werden.

Zum nämlichen Resultat führt die Herbeiziehung von Art. 165 O. R. Die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung auf den vorliegenden Fall kann angesichts der festgestellten Tatsache, daß die Haftung des Geschäftsherrn als Solidarhaftung ex lege zu betrachten ist, nicht geleugnet werden (vgl. Hartmann in Zeitschr. f. schweiz. R. Bd. 28, p. 139/140). Daß aber einerseits die Bestreitung der Schadenersatzpflicht auf dem Prozeßwege eine „persönliche Handlung“ des Solidarschuldners Moor im Sinne des zitierten Artikels ist, andererseits die Haftung für die Prozeßkosten eine „Erschwerung“ der Lage der Beklagten, d. h. eine Ausdehnung der Haftung derselben über das in den Verhältnissen an sich liegende Maß hinaus, bedeuten würde, liegt auf der Hand.

Endlich kann auch nicht etwa — mit dem Kläger — eine Haftung der Beklagten für die in Rede stehenden Prozeßkosten in der Weise begründet werden, daß man — von der Annahme ausgehend, die Prozeßkosten seien ein Accessorium zur Hauptschuld — die Haftung für die Hauptschuld ohne weiteres auf die Prozeßkosten ausdehnt. Denn die Voraussetzung dieser Begründung, die Behauptung, es komme den Prozeßkosten im Verhältnis zur Hauptschuld Annexqualität zu, ist rechtsirrtümlich. Die Prozeßkosten haben ihre besondere causa, das Prozeßverhältnis, sie bilden

Digitized by Google

keineswegs ein Nebenrecht zur Klagssumme im Sinne von Art. 190 O. R. und ihr Schicksal ist von demjenigen der Streitsumme durchaus unabhängig, was schon daraus hervorgeht, daß trotz des Obsiegens der einen Partei unter Umständen die Kosten wettgeschlagen werden können (§ 47 P.; Schweiz. Juristenzeitung Bd. IV, p. 313/14). Der Prozeßkostenanspruch ist also durchaus selbständiger Natur und ruht auf selbständiger Grundlage.

Danach ist eine Ausdehnung der Haftung der Beklagten auf die in Rede stehende Prozeßkostenforderung auch aus diesem Gesichtspunkte zu verwerfen.

52. Die Frage der Testierfähigkeit Mehrjähriger beurteilt sich nach eidgenössischem und nicht nach kantonalem Recht. (Art 8 des Bundesgesetzes betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter.) Zum Begriff der Handlungsunfähigkeit.

Friedrich Grunder u. Mithafte ca. Marie Niklaus u. Mithafte. 28. Januar 1908 (I. Abt.).

Aus den Entscheidungsgründen:

2. Die vorwürfige Testamentsabsetzungsklage stützt sich auf die Behauptung, daß der Testator Christian Neuhaus zur Zeit der Errichtung des in Frage stehenden Testamentes nicht testierfähig gewesen sei.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ist, entgegen der Ansicht der Kläger, auf Grund *eidgenössischen* und nicht kantonalen Rechtes zu prüfen. Denn das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 normiert — wie das Bundesgericht des öftern ausgesprochen hat (vgl. u. a. B. G. E. Bd. XI, S. 388 insbes. Erwäg. 3; ebenso Journal des Tribunaux Jahrg. 1901, S. 301 ff. insbes. 304/5) — unzweifelhaft die Handlungsfähigkeit nicht nur für das Gebiet des Bundeszivilrechts, sondern (soweit das Gesetz nicht ausdrücklich das kantonale Recht in bestimmten Beziehungen vorbehält) für das gesamte Privatrechtsgebiet, also auch für diejenigen Geschäfte, deren Regelung im übrigen der kantonalen Gesetzgebung überlassen worden ist. Da nun aber das zit. Bundesgesetz den Begriff der Testierfähigkeit ebenfalls unter den allgemeinen Begriff der persönlichen Handlungsfähigkeit subsumieren wollte, — wie sich das arg. e contrario schon aus dem Wortlaute des zweiten Alinea des Art. 3 leg. cit. ergibt, laut welchem die

Digitized by Google

Vorschriften des kantonalen Rechts bloß mit Bezug auf die Testierfähigkeit der *Minderjährigen* vorbehalten bleiben — so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Testierfähigkeit der *Mehrjährigen* sich nach den gleichen Grundsätzen beurteilt, wie die persönliche Handlungsfähigkeit überhaupt. Insoweit also Satz. 552 C. G. über die bezüglichen bundesrechtlichen Grundsätze hinausgeht, ist sie als nicht mehr in Geltung stehend zu betrachten.

3. Beurteilt man nun die vorwürfige Klage von diesem Gesichtspunkte aus, so gelangt man auf Grund des beigebrachten Beweismaterials zu dem Schlusse, daß dieselbe nicht fundiert ist, indem der Nachweis dafür, daß Christian Neuhaus zur Zeit der Errichtung des angefochtenen Testaments „keinen bewussten Willen hatte oder des Vernunftgebrauches beraubt war" (Wortlaut des Art. 4 des Handlungsfähigkeitsgesetzes) nach der Aktenlage keineswegs erbracht ist.

Vorauszuschicken ist dabei als Grundsatz, daß es mit dem Nachweis der Handlungsunfähigkeit im Interesse der Aufrechterhaltung der Rechtsgeschäfte und der Sicherheit des Rechtsverkehrs streng zu nehmen ist und daß der fragliche Nachweis *für den kritischen Zeitpunkt* — in casu den 6. Dezember 1897 — zu erbringen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dez. 1906 i. S. Urfer c. Rubin A. S. Bd. XXXII[1], S. 739 ff., insbes. 750). Gestützt hierauf ist das Bundesgericht in dem soeben zitierten Urteil — in Abweichung von seiner früheren Praxis — so weit gegangen, daß es annahm, das H. F. G. verlange zur Handlungsunfähigkeit etwas anderes und mehr als bloße „Geistesgestörtheit", „verminderte Willensfreiheit" und „*Beschränkung des Vernunftgebrauches*": es verlange, „daß der bewußte Wille, oder der Vernunftgebrauch vollständig aufgehoben sei, wozu — neben vorübergehenden Zuständen, wie z. B. völliger Betrunkenheit — irgend eine Art Geisteskrankheit als Voraussetzung gehöre". Wenn man aber auch von der früheren und für die Klägerschaft günstigeren Praxis des Bundesgerichts ausgeht, — wonach nämlich die Handlungsfähigkeit einer Person schon als ausgeschlossen zu betrachten ist, wenn die Person wohl in einem gewißen Umfang im Besitz des Vernunftgebrauches ist, jedoch infolge geistiger Störungen die zur Würdigung der Bedeutung und Tragweite ihrer Handlungen nötige Fähigkeit nicht besitzt (vgl. insbes. Urteil des B. G. vom 9. März 1901 i. S. Dunant & Mith c. Le Royer, Journ. des Trib. Jahrg. 1901, S. 301 ff., spez. 306)

Digitized by Google

— so muss man nach der Aktenlage nichtsdestoweniger zur Abweisung der Klage gelangen, wie das übrigens auch der Fall wäre, wenn man die Satz. 552 C. G. als noch in Kraft bestehend erachten .und infolgedessen hier anwenden würde.

Die Beweisführung hat nämlich Folgendes ergeben:

Richtig ist zunächst allerdings, daß der Gemeinderat von Münsingen am 4. März 1885 beschlossen hat, der Vormundschaftsbehörde Lützelflüh mitzuteilen, daß er den Nachlass der Barbara Neuhaus, Mutter des Christian Neuhaus, unter Siegel gelegt habe, weil letzterer derart beschränkt sei, daß er zur eigenen Vermögensverwaltung nicht befähigt sei. Richtig ist auch, daß am 21. gl. Mts. die Brüder des Christian Neuhaus, Johann und Niklaus Neuhaus, und die Schwestern Anna Neuhaus und Marie Grunder, geb. Neuhaus, einen Bevogtungsantrag an das Regierungsstatthalteramt Trachselwald stellten, dem die Vormundschaftsbehörde von Lützelflüh beistimmte und der ebenfalls damit begründet wurde, daß Christian Neuhaus „wegen geistiger und körperlicher Gebrechen" zur eigenen Vermögensverwaltung nicht befähigt sei.

Am 4. April 1885 erfolgte denn auch die Bevogtung des Christian Neuhaus, welche bis zu seinem Tode angedauert hat.

Aus keinem der soeben erwähnten Aktenstücke laßen sich jedoch bestimmte Anhaltspunkte dafür finden, welcher Art die „Beschränktheit" war, d. h. worin die geistigen Gebrechen bestanden, welche Anlaß zu der Bevogtung des Christian Neuhaus gegeben haben. Daß aber geistige Gebrechen, sofern sie eben nicht die Fähigkeit zur Beurteilung der Tragweite von bezüglichen Handlungen oder gar den bewußten Willen oder den Vernunftgebrauch aufheben, die Testierfähigkeit einer Person keineswegs auszuschließen vermögen, bedarf nach dem Gesagten keiner weiteren Erörterung.

Bei der Beurteilung der Frage, ob Christian Neuhaus *im Zeitpunkte der Errichtung des angefochtenen Testamentes* wirklich handlungsunfähig im Sinne des mehrerwähnten Art. 4 des H. F. G. gewesen sei, ist übrigens zunächst nicht auf jene weit zurückliegenden Vorgänge abzustellen, sondern auf die in der Beweisführung namhaft gemachten Momente, die sich auf den kritischen Zeitpunkt oder doch auf diesem naheliegende Zeiträume beziehen; da fallen denn in

Digitized by Google

erster Linie in Betracht die Bescheinigungen des stipulierenden Notars und der beigezogenen Testamentszeugen, durch welche übereinstimmend bezeugt wird, daß der Testator Neuhaus sich bei Errichtung des Testaments im Zustande der Besonnenheit und Willensfreiheit befunden habe und mit den zur Errichtung des Testamentes erforderlichen Eigenschaften ausgerüstet, bezw. „bei gesundem Verstande“ gewesen sei. Die Richtigkeit dieser öffentlichen Beurkundung, welcher bis zum Gegenbeweis voller Beweiswert zukommt, ist wohl von der Klägerschaft bestritten worden (vgl. Art. 5). Ein Gegenbeweis ist dieser aber — abgesehen von der gescheiterten Beweisführung durch Vorlage der Bevogtungsakten — auch durch die Aussagen der abgehörten Zeugen nicht gelungen. Einige der Zeugenaussagen fallen nämlich ohne weiteres außer Betracht, da die betreffenden Zeugen aus eigener Wahrnehmung gar nichts sagen können, woraus ein sicherer Schluss auf den allgemeinen Geisteszustand des Christian Neuhaus gezogen werden könnte. Es gilt dies einmal von den Zeugen Bendicht Schüpbach, Dr. von Ins, Notar Haldimannn, Magdalena Strähl und sodann auch von Christian Habegger, Johann Ruchti und Christian Schwarz; die Letzteren behaupten zwar einerseits, sie hätten den Christian Neuhaus „nach ihren Wahrnehmungen“ als einen „Lappi“, „Gali“ oder „Tschalpeli“, d. h. als vollständig beschränkten Menschen taxiert, müssen aber anderseits zugeben, daß sie sozusagen niemals mit ihm gesprochen haben.

Weiterhin finden sich allerdings eine Reihe von Zeugen, aus deren Aussagen der Schluß gezogen werden kann, daß Christian Neuhaus in der Tat nicht nur körperlich, sondern auch geistig eher zurückgeblieben war; so die Zeugen Sektionschef Sommer, Emil Eichenberger und F. Frey, welche sich im Wesentlichen ziemlich übereinstimmend dahin aussprechen, Christian Neuhaus habe sich besonders bei festlichen Anläßen „kindisch“ benommen, sei vielfach unsauber daher gekommen und zeitlebens „schüch“ gewesen, weshalb man ihn allgemein als einen „Tschalpi“ angesehen habe. Daß er aber der Vernunft oder der Willensfreiheit gänzlich beraubt oder auch bloß nicht im Stande gewesen wäre, die Tragweite seiner Handlungen zu bemessen, geht auch aus diesen Zeugenaussagen keineswegs hervor.

Den Aussagen einer dritten Kategorie von Zeugen, welche den Christian Neuhaus mindestens ebensogut gekannt haben als die zuletzt genannten, ist übrigens im Gegensatze

Digitized by Google

hiezu zu entnehmen, daß Christian Neuhaus keineswegs geistig so zurückgeblieben war, wie man ihn auf den ersten Blick einschätzen mochte. Er hat hergestelltermaßen die ganze Schule durchlaufen und Zeitlebens Freude an der Lektüre bekundet; auch kannte er nach Aussage dieser durchaus glaubwürdigen Zeugen, so insbesondere der Luise Gottier, des Johann Balsiger, Fried. Minder, Ernst Lerch und Fried. Streit den Geldwert ganz genau, führte Aufträge korrekt aus und war auch im Stande alltägliche Einkäufe zu besorgen. Die Fähigkeit zur Beurteilung der Tragweite derartiger Geschäfte des Alltagslebens kann ihm demnach auf alle Fälle nicht abgesprochen werden. Bedenkt man zudem, daß sein „scheues" Wesen, von dem eine Reihe von Zeugen sprechen, wohl auch dazu beigetragen haben mag, daß man seine geistigen Fähigkeiten allgemein allzu niedrig einschätzte, so kann der durch die Klägerschaft zu führende Beweis von der Unrichtigkeit der vom stipulierenden Notar und von den Testamentszeugen bekundeten Tatsache, daß Christian Neuhaus im Moment der Testamentserrichtung die dazu erforderlichen geistigen Fähigkeiten besessen habe, keinesfalls als erbracht angesehen werden, was zur Folge hat, daß ihre Klage als unbegründet abgewiesen werden muß.

53. Ein Rechtsgeschäft ist nur dann schriftlich beurkundet, wenn seine Essentialien in einer Urkunde *expressis verbis* niedergelegt sind. Bei der Cession im Speziellen muss vor Allem der Abtretungswille ausdrücklich beurkundet sein, damit das Geschäft Dritten gegenüber rechtswirksam werde.

Brasserie Seeland ca. Schindler.
29. Januar 1908 (I. Abt.).

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

43. Widerhandlung gegen das Reglement betr. die Sonntagsruhe in der Gemeinde Bern.

Die privatrechtliche Stellung des in einem Betriebe Tätigen zum Inhaber des Gewerbes ist für den Zweck des Verbotes der Sonntagsarbeit belanglos.

Polizeikammer, i. S. Fried. Tschirren, von 30. Nov. 1907.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe:

„I. Friedrich Tschirren ist angeschuldigt der Widerhandlung gegen das Sonntagsruhereglement der Gemeinde Bern vom 7. Oktober 1906, begangen dadurch, daß er Sonntag, den 24. März 1907, für das Abzahlungsgeschäft „La Samaritaine" bei verschiedenen Kunden dieses Geschäftes die fälligen Raten einkassierte.

Der Angeschuldigte gibt den eingeklagten Tatbestand zu. Das gegen Tschirren durchgeführte Beweisverfahren hat im weitern ergeben, daß der Angeschuldigte beim städtischen Elektrizitätswerk als Magaziner in Dienst steht und die Inkassi für das Abzahlungsgeschäft nur als Nebenbeschäftigung an Sonntagen besorgt, um sich einen Nebenverdienst zu verschaffen.

II. Der Polizeirichter von Bern gelangte in seinem Erkenntnisse vom 25. Juli 1907 zu einer Freisprechung des Tschirren von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung mangels vorliegenden Tatbestandes. Der Vorderrichter nahm nämlich an, daß eine Widerhandlung gegen das Sonntagsruhereglement vorliegen wüde, wenn Tschirren Angestellter des Abzahlungsgeschäftes wäre oder durch seine Arbeit Lärm verursacht oder Aegernis erregt hätte, welche Voraussetzungen aber in casu nicht gegeben seien.

III. Die Polizeikammer gelangt in der Ueberprüfung des erstinstanzlichen Urteils zu einer Abänderung desselben.

Die Rekursinstanz hat in ihrem Urteil i. S. Abraham Bloch vom 17. Juni 1907 (Zeitschrift der bern. Jur. V., Bd. XLIII, S. 519) festgestellt, daß nach der Bestimmung des Art. 1 des Sonntagsruhereglementes der Gemeinde Bern an Sonn- und Feiertagen jede Arbeit von Angestellten und Arbeitern, welche sich als eine geschäftliche Verrichtung in kaufmännischen, industriellen, gewerblichen, handwerksmäßigen und landwirtschaftlichen Betrieben qualifiziert, verhoten ist, gleichgültig, ob der Angestellte oder Arbeiter von seinem Dienstherrn zur Arbeit angehalten wird oder freiwillig eine solche geschäftliche Tätigkeit übernimmt.

Nach dieser Auffassung muß also Tschirren schuldig erklärt werden, sofern er als Angestellter oder Arbeiter im Sinne des Sonntagsruhereglementes angesehen werden kann. Es ist nun allerdings richtig, daß Tschirren in keinem Dienstvertrage zum Abzahlungsgeschäfte „La Samaritaine" steht, die privatrechtliche Stellung des Angeschuldigten zur

Digitized by Google

„Samaritaine" ist vielmehr diejenige eines Handlungsbevollmächtitigten ohne Anstellungsverhältnis zum Inhaber des Gewerbes (Inkassomandatar). Nach der Auffassung des Gerichtshofes kommt es aber auf die privatrechtliche Stellung des Angeschuldigten zum Abzahlungsgeschäfte gar nicht an. Es genügt, wenn der Angeschuldigte überhaupt für das Geschäft tätig ist, seine Arbeitskraft in den Dienst des Geschäftes stellt, vorausgesetzt, daß dies nicht in der Eigenschaft als Prinzipal geschieht, denn in diesem Falle müßte noch die weitere Voraussetzung vorliegen, daß durch die Arbeit Lärm verursacht oder in anderer Weise Anstoß erregt wird oder eventuel Art. 4 des Reglements zutreffen würde. (Vgl. Art. 1 u. 4 des cit. Reglementes). Die privatrechtliche Stellung des in einem Betriebe Tätigen zum Inhaber des Gewerbes ist für den Zweck eines Verbotes der Sonntagsarbeit belanglos. Das Verbot der Sonntagsarbeit ist im Interesse der Volkswohlfahrt aufgestellt und verfolgt in erster Linie hygienische Zwecke. Der Sonntagsruhe bedarf sowohl derjenige, der als wirklicher Angestellter für den Prinzipal Geld einkassiert, als derjenige, der diese Arbeit zufolge speziellen Auftrages durch den Geschäftsinhaber an einem Sonntag verrichtet. Wenn man annehmen wollte, daß sich das Verbot der Sonntagsarbeit nur auf diejenigen Personen beziehe, welche in einem Anstellungsverhältnis zum Inhaber des Geschäftes stehen, so würde das Sonntagsruhereglement ganz einfach dadurch umgangen, daß z. B. die Angestellten eines Geschäftes gewisse Arbeiten für ein anderes Geschäft am Sonntag verrichten würden und umgekehrt. Damit würde aber die Ausführung des Grundsatzes der Sonntagsruhe illusorisch gemacht.

Tschirren wird demnach der eingeklagten Widerhandlung schuldig erklärt."

44. Für die Gültigkeit des Strafantrages ist eine unrichtige juristische Qualifikation ohne Bedeutung.

Polizeikammer, i. S. Ernst Künti, vom 4. Dezember 1907.

Entscheidungsgründe:

„1. Der Vorderrichter nahm an, daß eine Verfolgung und Verurteilung des Künti wegen unerlaubter Selbsthülfe nicht möglich sei, weil der Kläger keinen dahinzielenden Antrag gestellt habe.

Digitized by Google

Die Polizeikammer kann dieser Auffassung nicht beipflichten. Der Kläger ließ durch den Ländjäger Grütter wegen des erwähnten Vorfalles beim Regierungsstatthalteramte gegen den Angeschuldigten eine Strafanzeige einreichen, welche mit folgenden Worten schließt: „Obgenannte Civilpartei macht hiemit Anzeige gegen die Täterschaft und verlangt entsprechende Entschädigung und Bestrafung derselben.“ Dies genügt aber zur Annahme eines Strafantrages vollständig. Der Strafantrag ist ein bloßer Anstoß zur Strafverfolgung, nicht aber eine Funktion derselben, der Strafkläger nimmt als solcher am Strafverfahren nicht teil. Als Strafantrag genügt deshalb das Begehren, es sei wegen eines bestimmten faktischen Vorfalles eine Strafverfolgung gegen den Täter einzuleiten, eine rechtliche Qualifikation der eingeklagten Handlung ist nicht erforderlich; eine unrichtige juristische Qualifikation, wie im vorliegenden Falle diejenige des anzeigenden Landjägers, der die eingeklagte Handlung als Diebstahl bezeichnete, ist daher für die Gültigkeit des Strafantrages ohne Bedeutung.“

45. Die eigenmächtige Selbstpfändung erfüllt den Tatbestand der unerlaubten Selbsthülfe.

Polizeikammer, i. S. Ernst Künti, vom 4. Dezember 1907.

Entscheidungsgründe:

„2. Der Angeschuldigte nahm seinem Arbeitgeber, mit dem er Lohndifferenzen hatte, einige Werkzeuge weg, um sich Sicherheit für das ihm nach seiner Ansicht noch zustehende Lohnguthaben zu verschaffen.

Von der Ausübung eines Retentionsrechtes kann hier schon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil die Werkzeuge nicht in der Verfügungsgewalt des Künti waren. Künti hatte an den Werkzeugen des Meisters, mit denen er für letztern arbeitete, keinen Gewahrsam, sondern eine bloße Innehabung, er war Stellvertreter des Eigentümers in dessen Besitze. Ein Retentionsrecht nach Art. 224 O. R. setzt aber voraus, daß der zu retinierende Gegenstand sich in der Verfügungsgewalt des Gläubigers befunden habe.

Wenn aber der Angeschuldigte an den Werkzeugen keinen Gewahrsam erlangt hat, so qualifiziert sich sein Vorgehen nicht als Ausübung eines Retentionsrechtes, sondern als eine eigenmächtige Selbstpfändung. Eine solche Pfändung

Digitized by Google

durfte er nicht eigenhändig vornehmen, sondern hätte nach der Vorschrift der einschlägigen Bestimmungen des B. u. K. vorgehen und die Hülfe der staatlichen Organe in Anspruch nehmen sollen. (Zu vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Frau Molitor, vom 10. II. 1904, Zeitschrift XL, S. 689.) Künti hat demnach bei der Geltendmachung eines Rechtsanspruches, sei es eines wirklichen oder vermeintlichen, statt den staatlichen Rechtszwang anzurufen, eigenmächtig in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen. Hiemit ist der Tatbestand der unerlaubten Selbsthülfe erfüllt.

In der Strafausmessung darf nicht zu hoch gegangen werden. Aus den Akten ergibt sich, daß der Angeschuldigte vollständig in guten Treuen zu handeln glaubte, daß er nicht vorbestraft und nicht schlecht beleumdet ist. Eine Buße von Fr. 5 muß als angemessen bezeichnet werden."

46. La transaction n'équivaut pas à un jugement définitif dans le sens de l'art. 354, chiffre 4 c. p. p.

Chambre de police, arrêt du 7 décembre 1907 dans la cause de Joseph Bernhard.

Extrait des considérants:

„2. On sait, par les faits qui précèdent, que les frères Jobin ont figuré comme l'adversaire du prévenu dans un procès criminel (lato sensu) qui s'est terminé par une transaction passé dans l'année qui a précédé leur audition. Ce fait ne constitue pas un motif *légal* de suspicion, car le procès criminel en question ne s'est pas terminé par un „*jugement*" définitif, conformément à l'art. 354, chiffre 4 c. p. p. Cependant, ces témoins sont intéressés à la question et leur témoignage est de nature à ébranler la conviction des juges; on ne saurait dès lors admettre que le prévenu a répandu du pain empoisonné hors de son jardin."

47. Correlation entre les art. 200 et 201, al. 3 c. p.

Chambre de police, arrêt du 7 décembre 1907 dans la cause Bernhard.

Extrait des considérants:

„3. Il y a lieu d'examiner maintenant sous le coup de quelles dispositions pénales tombent les faits dont le pré-

Digitized by Google

venu s'est rendu coupable. Le fait de tuer des animaux, à dessein et sans motifs suffisants est prévu à l'art. 201, al. 3 du c. p., mais cette disposition légale est d'une portée générale et se trouve restreinte par l'art. 200 c. p. qui, lui, prévoit un cas spécial: „Quiconque dans le but de tuer ou d'endommager des animaux appartenant à autrui, aura empoisonné des pâturages, des prairies, des étangs, fontaines, réservoirs, fourrages et autres objets du même genre, sera condamné, etc." Il faut, pour que l'art. 200 précité puisse être appliqué, que le prévenu ait eu l'intention de tuer ou d'endommager des animaux au moyen d'empoisonnement et qu'un dommage, un préjudice en soit résulté. Il faut qu'il y ait rapport de causalité entre l'intention de tuer et le dommage causé. L'intention du prévenu de tuer ces poules en les empoisonnant est bien établie en procédure, par l'aveu même du prévenu et par les dépositions des témoins."

48. Unter die in Art. 853 Ziff. 8 St. V. angeführte Kategorie von verdächtigen Zeugen fallen nicht nur die Konkursiten, sondern auch diejenigen Personen, welche infolge fruchtloser Pfändung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit eingestellt sind.

Polizeikammer, i. S. Löffel und Nikles, wegen Widerhandlung gegen das B. G. über die Fischerei, vom 18. Dez. 1907.

49. Das bernische Strafgesetzbuch fasst die Begünstigung nicht als Teilnahmehandlung, sondern als delictum sui generis auf. Es ist möglich, dass die Begünstigung im Kanton Bern stattfindet, während das Delikt, das begünstigt wird, ausserhalb des Kantons begangen wird. (Vgl. Monatsblatt V, S. 331.)

Polizeikammer, i. S. F., vom 28. Dezember 1907.

50. Nach konstanter Praxis der Polizeikammer sind für die Berechnung der in Art. 458 St. V. vorgesehenen 10-tägigen Appellationsfrist die Vorschriften des § 73 C. P. analog anzuwenden, d. h. die Frist, innerhalb welcher die Appellation erklärt werden muss, läuft am 10. Tage nach der Eröffnung oder Mitteilung des Urteils (wobei der Tag derselben nicht mitgerechnet wird), abends 6 Uhr ab. (Vgl. Urteil i. S. Kaufmann vom 11. Juni 1892, Monatsblatt IX, 331, i. S. Aeberhard, vom 22. Dezember 1900, Zeitschr. des bern. J. V. XXXVII, 185.)

Polizeikammer, i. S. Julius Bienz, vom 8. Januar 1908.

Digitized by Google

51. Gleichartige und gleichzeitig zur Beurteilung gelangende Widerhandlungen gegen das Medizinalgesetz sind als *Kollektivdelikt* zu behandeln.

Polizeikammer, i. S. Gottfried Schneeberger, vom 18. Jan. 1908.

52. Bestreitung der Prozessfähigkeit der Civilpartei oder der Legitimation zur Sache?

Wirkung einer von der verletzten Partei vor dem Untersuchungsrichter abgegebenen *definitiven* Erklärung, dass sie sich im angehobenen Strafverfahren nicht als Civilpartei stellen wolle.

Polizeikammer, i. S. Friedrich Bichsel und Cons. wegen Mißhandlung, vom 18. Januar 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Der Verteidiger stellte in erster Instanz und im heutigen Termine den Antrag, es sei die Civilpartei Ernst Hertig zu den Verhandlungen nicht zuzulassen und demnach als solche aus diesem Prozeßverfahren auszuschließen, unter Kostenfolge.

1. Den Akten ist zu entnehmen:

Ernst Hertig gab in seiner Abhörung vor dem Untersuchungsrichter von Signau vom 12. August 1907 folgende Erklärung ab: „Mit Bichsel und den Brüdern Schwarz habe ich die Sache gütlich abgemacht. Sie gaben mir zusammen Fr. 400. Ich stelle mich deshalb nicht als Civilpartei und verlange auch nicht Bestrafung der Schuldigen." Trotzdem trat nun Hertig in der Verhandlung vom 5. November 1907 gegenüber Friedrich Bichsel als Civilpartei auf, gestützt auf den Umstand, daß er infolge einer nach der Abmachung eingetretenen Wundrose 32 Tage lang total arbeitsunfähig gewesen sei und sich bei Eingehung des Vergleiches über die Folgen seiner Verletzungen in einem wesentlichen Irrtum befunden habe.

2. Der Vertreter der Civilpartei stellte in erster Instanz und im heutigen Termine zunächst den Antrag, es sei auf das Begehren des Bichsel nicht einzutreten. Er machte geltend, der Appellant bestreite im Grunde nicht die Prozeßfähigkeit der Civilpartei, sondern ihre Legitimation zur Sache, ein solches Begehren könne aber nicht Gegenstand einer

Digitized by Google

Vorfrage bilden und könne erst in der Hauptverhandlung geprüft und im Haupturteil entschieden werden.

Die Polizeikammer kann die von der Civilpartei vertretene Auffassung nicht teilen, sondern hält dafür, daß es sich wirklich um die Frage der Prozeßfähigkeit handle und nicht darum, ob dem Ernst Hertig überhaupt ein civilrechtlicher Anspruch zustehe, d. h. ob die von ihm geltend gemachte Entschädigungsforderung begründet sei oder nicht. Der Appellant beruft sich auf die oben angeführte Erklärung des Hertig, daß er sich nicht als Civilpartei stelle. Diese Erklärung berührt aber in erster Linie die prozessuale Stellung der Civilpartei.

Es muß daher untersucht werden, welche Bedeutung der Erklärung des Ernst Hertig in Bezug auf seine prozessuale Stellung, insbesondere auf die Frage der Prozeßfähigkeit zukommt.

3. Die Erklärung des Hertig will nach der Auffassung der Polizeikammer nicht mehr sagen, als daß er verzichte, sich im gegenwärtigen Strafverfahren überhaupt als Civilpartei zu stellen; die Erklärung, wie sie lautet, enthält dagegen nicht einen Verzicht auf den civilrechtlichen Anspruch.

Einer zu Beginn des Strafverfahrens abgegebenen Erklärung des Verletzten, daß er sich nicht als Civilpartei stelle, kommt allerdings nach der Praxis der Polizeikammer nicht die Bedeutung zu, daß er sich des Rechtes, im betr. Strafverfahren als Civilpartei aufzutreten, begeben habe, im Gegenteil, es wird angenommen, daß der Verletzte damit nur sagen wollte, im damaligen Stadium des Verfahrens stelle er sich nicht als Civilpartei, sodaß er sich immer noch bis zum Schluß des Hauptverfahrens als Civilpartei stellen kann. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um eine weitergehende Erklärung. Hertig hat mit seiner Erklärung nicht nur kundtun wollen, daß er vorläufig noch nicht als Civilpartei auftreten wolle und sich vorbehalte, dies im spätern Verlaufe des Hauptverfahrens noch zu tun, sondern sein Wille ging dahin, am Verfahren überhaupt nicht teilzunehmen. Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus der Begründung seiner Erklärung: weil er mit Bichsel und den Brüdern Schwarz die Sache gütlich ausgemacht hat und weil er glaubt, infolge dieses Vergleiches überhaupt keinen Civilanspruch mehr aus der eingeklagten Mißhandlung zu haben, meint er keinen Grund mehr zu haben, in dem gegen Bichsel und die Brüder

Digitized by Google

Schwarz angehobenen Strafverfahren als Civilkläger aufzutreten; deshalb verzichtet er ein für alle Mal darauf, an dem Strafverfahren als Civilpartei teilzunehmen. An diese Erklärung ist Hertig aber gebunden und kann sich nicht später der öffentlichen Klage anschließen und in Verbindung mit derselben einen privatrechtlichen Anspruch geltend machen. Der Verletzte hat bekanntlich die Wahl, seinen civilrechtlichen Anspruch entweder vor dem Civilrichter oder in Verbindung mit der öffentlichen Klage vor dem Strafrichter geltend zu machen. Mit der in casu definitiven Erklärung vor dem Untersuchungsrichter, daß er sich im angehobenen Strafverfahren nicht als Civilpartei stellen wolle, hat aber der Verletzte sein Wahlrecht ausgeübt, er kann seine Entschädigungsforderung nicht mehr auf dem Adhäsionswege, sondern nur noch bei dem Civilrichter anhängig machen. Der gleiche Schluß ergibt sich übrigens auch per argumentum e contrario aus Art. 3, Al. 3 St. V:: wenn die Civilklage, sobald sie einmal in Verbindung mit der öffentlichen Klage bei dem Strafrichter anhängig gemacht worden ist, nicht mehr vor die Civilgerichte gebracht werden kann, so kann sie umgekehrt nicht mehr vor den Strafrichter gebracht werden, wenn der Beschädigte definitiv erklärt hat, daß er darauf verzichte, die Civilklage bei dem Strafrichter anhängig zu machen.

Das Vorfragsbegehren sub Ziffer 1 des Friedrich Bichsel muß deshalb zugesprochen werden."

58. Prüfung der Appellabilität bei einem *freisprechenden* Urteil des Armenpolizeirichters. (Art. 16 Al. 2 des Gesetzes über die Armenpolizei vom 14. April 1858).

Polizeikammer, i. S. Bertha Hürlimann wegen Bettels etc., vom 22. Januar 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Art. 16 Al. 2 über die Armenpolizei vom 14. April 1858 enthält die singuläre Vorschrift, daß gegen die Urteile des Polizeirichters in Armenpolizeisachen die Appellation an die Polizeikammer erklärt werden kann, wenn *die im Urteil ausgesprochene Strafe* auf Arbeitshaus lautet oder 30 Tage verschärftes Gefängnis übersteigt oder wenn mit der ausgesprochenen Strafe Wirtshausverbot oder Entziehung der elterlichen Gewalt verbunden wird.

Digitized by Google

Im vorliegenden Falle ist nun überhaupt keine Strafe ausgesprochen worden, es kann daher die Frage der Appellabilität nicht nach der im Urteil ausgesprochenen Strafe beurteilt werden. Die Frage der Appellabilität muß vielmehr, wenn der Gesetzgeber überhaupt eine Appellation der Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil zulassen wollte, nach der allgemeinen Prozeßlage geprüft werden und zwar muß durch eine vorläufige, für das Endurteil unverbindliche Beurteilung der eingeklagten Handlung der Angeschuldigten untersucht werden, welche Strafe im Falle der Schuldigerklärung ausgesprochen werden müßte. Eine solche Untersuchung ergibt nun aber im vorliegenden Falle, vorausgesetzt, daß die eingeklagte Handlung überhaupt als strafbar erkannt würde, unter keinen Umständen eine Strafe, welche die in Art. 16 Al. 2 aufgestellte Appellationslimite erreichen würde.

Es muß daher der Staatsanwaltschaft das Forum verschlossen werden, soweit sie gegen das erstinstanzliche Urteil appelliert hat."

Bernische Administrativjustiz-Entscheide aus dem Jahre 1908.

Referent: Notar *J. Fellmann*, Bern.

14. ***Notariat.*** **Sachliche Zuständigkeit des Amtsnotars. Ein Kaufvertrag um eine Liegenschaft ist *immer* dann der amtsnotariellen Beurkundung unterworfen, wenn auf dem Kaufobjekt Hypotheken lasten, nicht nur im Fall des *vorbehaltenen* Pfandrechts.**

Die Frage, ob ein Handänderungsvertrag um Liegenschaften, auf welchen Hypotheken lasten, der obligatorischen amtsnotariellen Verschreibung unterliege oder nicht, war seit längerer Zeit eine umstrittene (vide Zeitschrift Bd. 39, Seite 369, Monatsschrift für bern. Verwaltungsrecht Bd. I Seite 380 und 440 u. ff.). Immerhin hat die Justizdirektion in wiederholten Ansichtsäußerungen die Frage verneint (vide Monatsschrift Bd. I Seite 232 Nr. 127), jeweilen bemerkend, daß im Streitfalle einzig die Gerichte berufen seien, dieselbe in maßgebender Weise zu entscheiden. Nun hat der Appellationshof durch Urteil vom 20. Juni 1907

Digitized by Google

in Sachen Sigrist gegen Großenbacher die Frage dahin entschieden, daß in solchen Fällen die amtsnotarielle Beurkundung des Vertrages ein zu dessen Gültigkeit notwendiges Requisit sei. Aus der Begründung des Urteils seien folgende Stellen hervorgehoben:

„Nun ist in der Doktrin sowohl als in der Gerichtspraxis bis jetzt die Ansicht allgemein vorherrschend gewesen, daß ein Kaufvertrag um ein Immobile dann, wenn auf diesem letztern Hypotheken lasten, um *deßwillen* schon stets der amtsnotarialischen Verurkundung bedarf. In dieser Hinsicht ist zunächst hinzuweisen auf den Kommentar von *Schnell* zu Satz. 811 C.: „Die Kaufverträge, die ein lehen-, zins-, oder zehntpflichtiges *oder ein Grundstück zum Gegenstande haben*, **auf welchem ein Unterpfandsrecht haftet** (813), *müssen* (durch den Amtsschreiber oder) *durch einen Amtsnotar des Bezirks der gelegenen Sache verschrieben werden.*"

Bemerkenswert ist, daß Schnell dabei auf die Satz. 813 C. verweist und auch bei Satz. 813 C. auf seine Anerkennung zu Satz. 811 C. Bezug nimmt.

Kurz, im *Rechtsfreund* 2. Aufl. (1857), I. Teil S. 198 spricht sich folgendermaßen aus: „...Sie (die Form der Privatkäufe) ist diejenige der Abfassung der Urkunden durch einen Notar und zwar durch einen Amtsnotar desjenigen Amtsbezirks, in welchem der Kaufgegenstand oder der größere Teil liegt, *wenn die unbewegliche Sache* ein *solches Gut ist*, **auf welchem bereits verhypothecirte Schulden haften,** oder wenn für den Kaufpreis oder einen Teil desselben im Vertrage selbst das Unterpfandsrecht vorbehalten werden soll....."

Ebenso *Leuenberger*, Vorlesungen II 2, S. 728: „...Nur *ausnahmsweise*, wenn das Gut lehen- (zins-) oder zehntpflichtig (wie z. B. die Rechtsamewälder) oder mit daherigen Loskaufsummen beschwert *oder endlich mit* **Unterpfandsrechten** behaftet ist, gehört die Verschreibung durch einen kompetenten Amtsnotar zu den wesentlichen Förmlichkeiten (Satz. 811 C.; Kurz Rechtsfreund S. 147)."

Ferner Leuenberger, Vorlesungen II, S. 549.

Aus der *Gerichtspraxis* sodann sind folgende publizierte Entscheidungen zu relevieren: Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 1, S. 370, speziell Erwägung 3; Zeitschrift Bd. 21, S. 540; Zeitschrift Bd. 34, S. 416.

Digitized by Google

Was sodann die Satz. 813 C. anbelangt, so ist man auf den ersten Blick versucht anzunehmen, dieselbe beziehe sich *ausschließlich* auf den Fall des sog. vorbehaltenen Pfandrechts, d. h. auf den Fall, wo der Verkäufer einer unbeweglichen Sache, der sich von dem Käufer nichts ausbezahlen lässt, sich zur Sicherheit des ausstehenden Kaufpreises im Kaufvertrage das Unterpfandrecht dafür auf dem Kaufsgegenstande vorbehält.

Für eine solche Auslegung der Satz. 813 C. (vgl. auch in diesem Sinne Schwab a. a. O.) spricht freilich, daß der Ausdruck „....Vorbehalten (sind)", wie er in Satz. 813 C. gebraucht ist, nach der Terminologie des Civilgesetzbuches (vgl. Satz. 483 C.) speziell auf das sog. *vorbehaltene* Pfandrecht Bezug zu nehmen scheint und ferner der Umstand, daß die Satz. 813 C. sich unmittelbar an die Satz. 812 C. anschließt, in der von dem „vorbehaltenen" Pfandrechte die Rede ist.

Soviel nun diese Auslegung auch für sich hat, so scheinen doch die Ausführungen des Gesetzesredaktors Schnell in den Anmerkungen zum Gesetzbuch darauf hinzuweisen, daß die Satz. 813 C. sich nicht ausschließlich auf das „vorbehaltene Pfandrecht" im eigentlichen Sinne beziehe.

Wie bereits bemerkt, sagt nämlich Schnell in der Anmerkung zu Satz. 811 C. *ganz allgemein*, daß der amtsnotarialischen Verschreibung bedürfen: die Kaufverträge, die ein lehen-, zins- oder zehntpflichtiges *oder ein Grundstück zum Gegenstand haben, auf welchem ein Unterpfandrecht haftet* und dabei verweist er in Klammern auf Satz. 813 C., ebenso verweist er in Satz. 813 C. auf die Anmerkung zu Satz. 811 C.

Die Ausdrucksweise Schnells „auf welchen ein Unterpfandrecht haftet" ist nun so allgemein gehalten, daß man nicht wohl annehmen kann, sie habe nur auf den Fall des vorbehaltenen Pfandrechts Bezug haben sollen; es ist auch bemerkenswert, daß Schnell nicht den Ausdruck „vorbehaltenes" braucht. Auch wird dadurch, daß in Satz. 813 C. auf die Anmerkung zu Satz. 811 C. verwiesen ist, erst recht deutlich, daß dieser Passus in der Anmerkung zu Satz. 811 C. „auf welchem ein Unterpfandsrecht haftet" eben die Auslegung der Satz. 813 bilden solle.

Diese Ausführungen von Schnell, welche ja von ganz besonderer Bedeutung sind, da Schnell der geistige Urheber des Gesetzes ist, eröffnen die Möglichkeit einer Auslegung,

Digitized by Google

nach welcher die Satz. 813 C. sich nicht nur auf den Fall des vorbehaltenen Pfandrechts bezieht, sondern auch auf den Fall, daß — wie in casu — das Kaufobjekt bei der Veräußerung bereits mit Hypotheken belastet ist, die im Kaufvertrage „vorbehalten" werden müssen.

Für diese Auslegung spricht denn auch eigentlich der *Wortlaut* der Satz. 813 C., denn der Pluralis „Unterpfandsrechte", welchem keineswegs etwa ein Pluralis „Kaufverträge" entspricht, paßt im Grunde gar nicht zu der Annahme, daß sich Satz. 813 lediglich auf das vorbehaltene Pfandrecht bezieht, sondern viel besser auf die angeführte weitergehende Auslegung. Es kann ja nur *ein* vorbehaltenes Pfandrecht geben, nicht allgemein „Unterpfandsrechte" und es heißt eben nicht Kaufverträge, in welchem Unterpfandsrechte vorbehalten werden, sondern „*ein* Kaufvertrag, in welchem Unterpfandsrechte vorbehalten sind". Der Ausdruck „vorbehalten" läßt sich denn auch neben seiner technischen Bedeutung als „vorbehaltenes Pfandrecht" ganz wohl darauf anwenden, daß in einem Kaufvertrag den das Kaufsobjekt bereits belastenden Hypotheken Rechnung getragen wird, dieselben berücksichtigt werden. So läßt sich wohl behaupten, daß der *Wortlaut* der Satz. 813 C. einen Anhaltspunkt für die Notwendigkeit der amtsnotarialischen Verschreibung von Liegenschaftskäufen gibt, bei welchen es sich um ein mit Hypotheken bereits belastetes Kaufsobjekt handelt.

Zudem wäre, insoweit man überhaupt bei derartigen Formvorschriften auf innere Gründe abstellen darf, welche für ihre Berechtigung sprechen, d. h. dieselben als vom Gesetz — trotz Fehlens einer unzweideutigen Vorschrift — gewollt erscheinen lassen, für die Bejahung der Notwendigkeit der amtsnotarialischen Verschreibung im Fragefalle folgendes in Betracht zu ziehen:

Die Formvorschrift der amtsnotarialischen Verurkundung wird durchwegs da aufgestellt, wo es sich um die unterpfändliche Verschreibung von Immobilien handelt (vgl. Gesetzesband I, S. 24, Ziffer 5) und speziell auch dann, wenn in einem Kaufvertrage Schulden, die auf dem Kaufsobjekt haften, dem Erwerber auf Rechnung des Kaufpreises unterpfändlich überbunden werden, ist die amtsnotarialische Verschreibung vorgesehen (vgl. das. I, S. 27, Ziffer 9, Schwab a. a. O., Monatsblatt von Blumenstein Bd. I, S. 232, Bd. III, S. 185). Da liegt nun doch die Annahme sehr nahe, daß

Digitized by Google

auch für den Fragefall die gleiche Regelung im Sinne des Gesetzes liegt.

Es ist aber, wie gesagt, immer etwas mißlich, Formvorschriften aus innern Gründen rechtfertigen zu wollen.

Die bisherigen Ausführungen berechtigen nun jedenfalls — mögen sie auch als an sich nicht durchwegs unanfechtbar erscheinen — zum Schlusse, daß *zwingende* Gründe für eine Abänderung der Praxis des hierseitigen Gerichtshofes, welche im Einklang sich befindet mit Leuenberger, Kurz und Schnell, nicht bestehen, zumal eine solche Abänderung der Praxis auch für den Verkehr eine bedauerliche Unsicherheit zur Folge hätte und dazu um so weniger Grund vorhanden ist, als man am Vorabend der Einführung des einheitlichen schweizerischen Civilrechtes steht.

Für den vorliegenden Fall kommt zu diesen allgemeinen Erwägungen noch hinzu, daß *die Parteien selber*, also auch die Kläger, bei der Errichtung der Kaufsverpflichtung vom 18. April 1905 der Meinung waren, der eigentliche Kaufvertrag bedürfe gesetzlich der Verschreibung durch einen Amtsnotar; es heißt ja in der Kaufsverpflichtung: „die Kontrahenten verpflichten sich, diesen Kaufvertrag baldmöglichst durch Herrn Notar Wolf in Langenthal gesetzlich verschreiben zu lassen . . .“

Was aber hinsichtlich der Form für den eigentlichen Kaufvertrag gilt, gilt — wie bereits dargetan — auch für den präparatorischen Vertrag und die abweichende Rechtsauffassung der Kläger, welche dessenungeachtet die Rechtswirksamkeit der „Kaufsverpflichtung“ in Anspruch nehmen, ist eben irrtümlich und nicht zu schützen.

Es hätte demnach die Kaufsverpflichtung vom 18. April 1905, um *rechtswirksam* zu sein, der Verschreibung durch einen Amtsnotar bedurft. Dies war nun nicht der Fall und so kann auch die Konventionalstrafe, welche für die Nichterfüllung der Kaufsverpflichtung stipuliert worden ist, nach dem bereits Ausgeführten von den Klägern nicht eingefordert werden.“

Entscheid vom 20. Juni 1907.

15. Voraussetzung administrativer Sicherungsmassnahmen.

Art. 47 St. G. B. gibt dem Regierungsrat die Kompetenz, gegen Personen, die wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit *von Strafe befreit* worden sind, geeignete Siche-

Digitized by Google

rungsmaßregeln zu treffen. Durch Entscheid vom 26. Februar 1908 im Falle Leuthner hat der Regierungsrat sich dahin ausgesprochen, daß Art. 47 auch da zur Anwendung zu gelangen habe, wo der Angeklagte wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit *nur teilweise* von Strafe befreit, d. h. milder bestraft werde, als er bei Annahme vollständiger Zurechnungsfähigkeit bestraft werden müßte.

„Art. 47 St. G. B.", heißt es in der Begründung, „verfolgt den Zweck, der Administrativbehörde Mittel in die Hand zu geben, die Gesellschaft vor strafrechtlich nicht gleich einem Zurechnungsfähigen verantwortlichen Individuen, die objektiv strafbare Handlungen begehen, sicherzustellen, wenn sie sich als derselben gefährlich erweisen. Diese Sicherung der Gesellschaft erscheint nun gegenüber als gemindert zurechnungsfähig im Sinne des Gesetzes milder bestraften Individuen als ebenso, ja manchmal noch in höherem Maße als geboten, wie gegenüber ganz unzurechnungsfähigen und gänzlich von Strafe befreiten Personen. Dem Zwecke des Gesetzes wird mithin durch Anwendung des Art. 47 St. G. B. auf Fälle wie den vorliegenden unzweifelhaft gedient. Diese Anwendung läßt sich auch sehr wohl mit dem Wortlaute des Art. 47 St. G. B. vereinbaren; denn ein gemindert Zurechnungsfähiger, welcher wegen dieser seiner Eigenschaft nicht zu der auf strafbare Handlungen von der Art, wie er sie begangen, gesetzlich angedrohten, sondern zu einer mildern Strafe verurteilt wird, ist tatsächlich teilweise von Strafe befreit, und diese seine teilweise Befreiung von Strafe hat, wenn er als gemeingefährlich zu betrachten ist, gerade die nämliche Wirkung gegenüber der menschlichen Gesellschaft, wie die gänzliche Strafbefreiung eines gemeingefährlichen vollständig Unzurechnungsfähigen, nämlich: dieselbe seinen erneuten Angriffen, wenn nicht Sicherungsmaßnahmen gegen ihn ergriffen werden, wieder auszusetzen. Besonders deutlich ist dies im gegenwärtigen Falle, in welchem die über Leuthner verhängte Freiheitsstrafe durch die ausgestandene Untersuchungshaft als getilgt erklärt worden ist."

(Regierungsrat vom 26. Februar 1908 in Sachen Leuthner).

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

Rechtliche Bedeutung des § 9 des Strassengesetzes vom 2. Dezember 1864. (Schluß.)

Auf Anregung des Gemeinderats von Meggen und auf seine Veranlassung hin faßte die Regierung am 17. Dezember 1858 den Beschluß, der Besitzer des Gutes Altstadt sei gehalten, auch fernerhin das Anlanden von Schiffen zu gestatten und zwar nicht nur in Notfällen, sondern auch zu dem Zwecke, um Einheimische oder Fremde, welche auf dem durch das Gut führenden Weg in der Richtung nach Luzern oder Meggen sich begeben wollen, an das Land zu setzen, ferner habe er allen Fußgängern, welche die oben bezeichnete Richtung verfolgen wollen, den Durchpaß zu gestatten, endlich sei er gehalten, auch künftig den Reisenden und Schiffsleuten, die durch Wind oder Sturm dahin verschlagen würden, auf Verlangen gegen Entschädigung Speise und Trank in bescheidenem Maße zu verabreichen. Dieser Beschluß führte zu einem Kompetenzkonflikt zwischen dem Obergericht und der Regierung, der aber nicht ausgetragen werden konnte, weshalb ersteres an den Großen Rat gelangte, damit derselbe erkenne, es sei allein Sache der Gerichte, zu beurteilen, *ob und welche Beschwerden und Lasten* auf dem Gute Altstadt haften. Der Große Rat aber, davon ausgehend, es sei Sache der Verwaltungsbehörden, über die Oeffentlichkeit eines Weges und Landungsplatzes, also über die vorliegende Frage, zu entscheiden, beschloß am 7. März 1860, es sei auf das Gesuch des Obergerichts nicht einzutreten. Hierüber beschwerte sich Herr Merian beim Bundesrat, der am 13. September 1860 die Beschlüsse des Großen Rates und des Regierungsrates aufhob und letztern einlud, *dem Gemeinderat von Meggen und allen andern Ansprechern* von Rechten und Lasten auf dem Gute Altstedt einfach zu überlassen, ihre Ansprüche auf dem Zivilwege geltend zu machen, wobei es der *Regierung ferner anheimgestellt bleibe, auch ihre Behauptung, daß dem Gute Altstadt die betreffenden Lasten im öffentlichen Interesse obliegen, in gleicher Art zur Geltung zu bringen.* (Vgl. Dr. Ullmer, Staatsrechtliche Praxis der Bundesbehörden, II. Bd., S. 471, Nr. 1122.)

Dr. *Ph. A. v. Segesser* sagt in seinem Buch: *45 Jahre im luzernischen Staatsdienste*, S. 155: „Die bedeutsamste

Digitized by Google

Vorkommenheit (in Rekurssachen) war jedenfalls der im Jahr 1858 und 1859 vor dem Großen Rat schwebende *Kompetenzkonflikt* zwischen dem Regierungsrat und dem Obergericht über die Weg- und Durchpaßberechtigungen und die Benutzung des Landungsplatzes auf dem Gut Altstadt in der Gemeinde Meggen. Als Mitglied der Kommission, welche vom Großen Rat zur Vorberatung dieses Gegenstandes niedergesetzt war, erstattete ich namens der Mehrheit dieser Kommission einen einläßlichen, mit den Anschauungen des Obergerichts und dem von dem beteiligten Besitzer eingeholten Rechtsgutachten des Herrn Dr. Rüttimann in Zürich übereinstimmenden Bericht über diese wichtige, in ihren Folgen weitgreifende Rechtsfrage. Bekannt ist, daß der Große Rat sich mit Mehrheit für den Antrag der Kommissionsminorität und für die *administrative Kompetenz* entschieden hat. In weitern Kreisen dürfte die öffentliche Meinung schwerlich geneigt sein, *für unsere Rechtszustände, für die Sicherheit des Grundeigentums und der Privatrechte in unserm Kanton* aus dieser Entscheidung einen besonders günstigen Schluß zu ziehen. Bei der Bundesversammlung, an welche die Sache in letzter Instanz gezogen wurde, fand dann allerdings eine andere Ansicht Platz als im Großen Rat zu Luzern."

Die Folgen dieses Rekursentscheides suchte man in Luzern nun auf gesetzgeberischem Wege auszugleichen und schon den 27. August 1862 erließ der luzernische Große Rat das Gesetz über *Güterstraßen und Fußwege*, in welchem man dem Bedürfnis nach *Nebenstraßen* durch die Aufstellung *öffentlicher Güterstraßen und Fußwege*, welche von den *Verwaltungsbehörden* beschlossen werden könnten, entgegen kam. Allein schon den 2. Christmonat 1864 wurde dieses Gesetz durch das Gesetz betreffend das Straßenwesen wieder aufgehoben.

Der Regierungsrat stellte sich in seinem Bericht an den Großen Rat (gedruckte Großratsverhandlungen von 1864, S. 306), wohl einigermaßen belehrt durch den oben erwähnten Rekursentscheid, auf folgenden Boden: Wir erachten es auch als ganz *richtig*, daß der Richter zu entscheiden hat, wenn jemand sich durch die Erklärung eines Weges als eines öffentlichen beeinträchtigt hält und daß Expropriation eintreten muß, wenn die betreffenden Straßen und Wege nicht *schon öffentliche* gewesen sind.

Digitized by Google

Die Legitimation zur Geltendmachung eines öffentlichen Weges steht also nach der deutlichen Bestimmung des § 8 des Straßengesetzes bloß dem Gemeinderat zu. Das luzern. Obergericht sagte dann auch in seinem Bericht betreffend die Altstadtangelegenheit, Seite 27: Gegen das Publikum läßt sich nicht anders einschreiten, als mittelst eines Verbotes. Herr Merian kann doch das Publikum nicht vor den Friedensrichter laden, ihm keine Klage zustellen u. s. w.

Dem Herrn Merian muß zuerst das Recht geöffnet werden und zwar nicht in dem Sinn, daß er zum Beweise mittelst Titel und Urkunden zugelassen werde, es sei der fragl. Weg früher nur aus Güte und nicht aus Pflicht geöffnet worden. Es muß ihm das Recht unbedingt eröffnet werden, entscheiden zu lassen, *ob und welche Beschwerden auf seinem Gute haften.*

Motiv 5 des bundesrätlichen Entscheides vom 13. September 1860 lautet ebenfalls dahin: Wenn endlich von den luzern. Behörden behauptet wird, es sei die Frage der Existenz solcher *öffentlicher Wege* in anderer Art zu behandeln, als die Frage der Existenz bloßer *Privatservituten*, indem der Entscheid über jene Frage Sache der Administration, der Entscheid über letztere aber Sache der Gerichte sei, so ist diese Behauptung insofern begründet, als allerdings die Administration darüber zu entscheiden befugt ist, was ein öffentlicher Weg *sein soll*, während dagegen die Frage, ob bisher ein bestimmter Weg die Natur eines öffentlichen oder diejenige eines Privatweges gehabt habe, dem richterlichen Entscheide nicht entzogen werden kann, eben weil es sich in jedem einzelnen Falle um eine Tatfrage, um Beurteilung ganz konkreter Verhältnisse handelt, bezüglich welcher bloß administrative Erklärungen unmöglich maßgebend sein können.

Nach den hier entwickelten Rechtsanschauungen kann daher gegen ein von einem Liegenschaftsbesitzer gegen das Publikum erwirktes Verbot nur mittelst der actio confessoria von einem andern Liegenschaftsbesitzer oder von Seite eines Gemeinderats nach § 8 bez. 9 des Straßengesetzes vorgegangen werden.

Man ist daher offenbar schon in Präjudiz Nr. 422, Max. I vom 26. November 1865 in Anlehnung an frühere Vorkommnisse in Luzern zu weit gegangen, wenn man jedem bei einem öffentlichen Weg „*in hohem Maße Interessierten*“ gegenüber der Negatorienklage des Liegenschaftsbesitzers

Digitized by Google

gewissermaßen eine *actio confessoria utilis* gewährte. Vollends ins frühere Fahrwasser ist man nun aber durch gegenwärtigen Entscheid, wonach eine eigentliche Popularklage, allerdings in Form einer Feststellungsklage sanktioniert wurde, gelangt.

Die Bundesbehörden haben in der Altstadtangelegenheit ausdrücklich erklärt: Bei allen öffentlichen Straßen und noch mehr bei sogenannten Nebenstraßen ruhe die „hoheitliche Befugnis" immer auf einer *privatrechtlichen Basis*. Sowohl ein öffentlicher, als ein Privatweg bilde eine in *hypothekarisch* giltiger Form zu konstituierende *Beschwerde* einer Liegenschaft. Auf andere Weise könne eine solche Beschränkung verfassungsmäßig nicht anerkannt werden.

Indem nun aber die luzernerischen Gerichte stets Beschränkungen des Grundeigentums, ohne daß eine *Servitut* weder zu gunsten einer *Gemeinde* noch einer *Privatperson* nachgewiesen ist, zur rechtlichen Anerkennung bringen, befinden sie sich unzweifelhaft im Widerspruch mit der angeführten Praxis der Bundesbehörden, die diese Auffassung sowohl der verfassungsmäßig garantierten Unverletzlichkeit des Eigentums als auch dem Verbot der Vereinigung der administrativen und richterlichen Gewalt widerstreitend erklärt haben. (§§ 9 und 18 der gegenwärtig geltenden Staatsverfassung von 1875.)

Obergericht, 23. Juni 1898. Schnarwyler u. Mith., Ibach, ctr. X. Burri, Greterhof, Ebikon.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **11. Heft** **November 1908**

Das Institut bundesrechtlicher Genehmigung in Beziehung auf rechtsnormative kantonale Akte nach Schweiz. B. St. Recht

von Dr. *H. Rohr*, II. Obergerichtsschreiber, Aarau.

Unter rechtsnormativen Akten sind zu verstehen alle staatlichen Akte, welche Rechtssätze produzieren. Nun treffen wir im geltenden Bundesrecht häufig die Bestimmung an, es seien gewisse rechtsnormative kantonale Akte der bundesrechtlichen Genehmigung bedürftig. Ueber die Bedeutung dieser Genehmigung aber bestehen bedeutende Kontroversen. Zur Lösung ihrer will die vorliegende Arbeit ein kleiner Beitrag sein. Man ist dem Problem schon auf verschiedene Weise zu Leibe gegangen. Hier wird es auf rein dogmatischem Wege versucht.

I.

Zunächst ist zu betrachten die Stellung des Kantons im schweizerischen Bundesstaat. Er ist:

1. *Selbstverwaltungskörper*, insoferne er vom Bunde erlassene Normen durchzuführen hat. [1])

2. *Autonomer Staat.* [2])

Aus Labands Ausführungen über das Wesen der Autonomie im Sinne von Selbst*gesetzgebung* ist als für vorliegende

[1]) Vergl. dazu Laband, Staatsrecht. I. pag. 97. Note 2 über das Wesen der Selbstverwaltung.

[2]) Laband. a. a. O. I. pag. 101.

Digitized by Google

Frage besonders wesentlich die folgende hervorzuheben: Autonomie als ein juristisch relevanter Begriff setzt eine nicht souveräne, öffentlich rechtliche Gewalt voraus, der die Befugnis zusteht, kraft eigenen Rechts, nicht auf Grund bloßer Delegation, verbindliche Rechtsnormen aufzustellen.

Die Schranken, die Laband als das Kennzeichen mangelnder Souveränetät weiterhin anführt, lassen sich auch im schweizerischen Rechte nachweisen. Wie Art. 78 Abs. 1 der Reichsverfassung dem deutschen Reich, so geben die Revisionsartikel der Bundesverfassung dem Bunde die Befugnis, die Grenzlinien der Autonomie der Einzelstaaten nach seinem Belieben zu verrücken. Andererseits geht, wie nach Art. 2 Reichsverfassung, so nach Art. 2 Uebergangsbestimmungen unserer Bundesverfassung bei uns die Norm des Bundesstaates der Gliedstaatnorm vor.

II.

Sowohl als Selbstverwaltungskörper, als auch als autonomer Staat, ist der schweizerische Kanton dem Bunde unterworfen. [1])

III.

Was also Mayer [2]) über die Aufsichtsgewalt bezüglich der Selbstverwaltung ausführt, gilt analog auch bezüglich der Aufsicht über die Kantone als autonome Staaten, als *Selbstgesetzgebungskörper.*

Ein Eingriff in das Selbstgesetzgebungsrecht kann nur erfolgen auf Grund eines wohlbegründeten Gegenrechts, das will besagen: der Eingriff bedarf eines Grundes, der ihn nach den Regeln des Verfassungs- und Rechts-Staates rechtfertigt. [3])

Wo der Eingriff etwa unmittelbar in der Form des Gesetzes geschieht, trägt er seine Rechtfertigung vermöge dieser Form in sich selbst; denn gegenüber dem Willen des Gesetzes gibt es kein subjektives Recht. Das gilt für das vorliegende bundesstaatliche Verhältnis insbesondere auch in Konsequenz des Art. 113 Schlußabsatz der schweiz. Bundesverfassung; denn die Gesetzgebungskompetenzen der Kantone sind der Bundeslegislative gegenüber nicht weiter geschützt, als durch die der Zwangsgarantie entbehrende Pflicht der legislativen Bundesorgane selber zum rechtmäßigen Han-

[1]) Laband. I. 101. sub *b* u. *c*.
[2]) Verwaltungsrecht. II. pag. 410 ff.
[3]) Vergl. Mayer. a. a. O. II. 411.

Digitized by Google

deln; sodann etwa durch die politische Garantie des Referendums.

Dagegen bedarf ein Eingriff, der nicht von der Legislative des Bundes qua solcher ausgeht, eines besondern Grundes, und wo ein solcher gegeben ist, liegt vor ein Aufsichtsrecht.

IV.

Von den zwei Arten der Begründung eines Aufsichtsrechts [1]) trifft für das vorliegende Verhältnis die eine direkt zu: durch Rechtssatz wird es begründet; die andere analog: der Begründung durch Vorbehalt im Statut entspricht die kongenitale Beschränkung des delegierten Rechtes. [2])

V.

Die Formen der Geltendmachung einer bestehenden Aufsichtsgewalt sind zweierlei Art, vergleichsweise nach dem Vorbilde von Befehl und Zwang ausgestaltet. [3])

VI.

Hier bedeutungsvoll ist das dem Befehl analoge Gebilde, der aufsichtsrechtliche Festsetzungsakt [4]). in seinen drei Formen als:

1. Aufsichtsrechtliches Gebot. Ausspruch, daß die mindere Gewalt pflichtig ist, etwas zu tun.

2. Aufsichtsrechtliches Verbot. Es hat seinen Platz, wo ein widersprechender Wille der mindern Gewalt bereits geäußert ist und erscheint als Ungültigkeitserklärung und Aufhebung eines solchen Beschlusses.

3. Aufsichtsrechtliche Genehmigung.

a) Ueber die aufsichtsrechtliche Genehmigung im Gebiete der Selbst*verwaltung* führt Mayer aus: sie setzt voraus eine Handlung, die an sich im Wirkungskreise des Selbstverwaltungskörpers gelegen ist, aber nach Gesetz oder Statut von der Vertretung gültig nur soll vorgenommen werden können vermöge einer zustimmenden Erklärung der Aufsichtsbehörde. Ohne diese Genehmigung besteht hier nicht ein Verbot für den Selbstverwaltungskörper, sondern die also vorgenommene Rechtshandlung ist ungültig.

---

[1]) Mayer. 412.
[2]) s. u. sub X. a. E.
[3]) Mayer. a. a. O. pag. 413.
[4]) Mayer. a. a. O. 414.

Digitized by Google

b) Aehnlich, aber allgemeiner, nämlich in Bezug auf körperschaftliches Wollen und Handeln überhaupt, sagt Gierke [1]: die Körperschaft stößt also im Gebiete der Staatsaufsicht, *wenngleich durch dieselbe ihre schon vom Rechte gesetzte Willensgebundenheit materiell nicht ausgedehnt wird, an eine eigenartige und selbständig wirkende Willensschranke,* in welcher ihr die Unterordnung unter die Willensmacht des höhern Gemeinwesens fühlbar wird.

c) Damit ist der Nachweis erbracht, daß an sich möglich ist eine Schranke, welche zwar nicht bedeutet eine Erweiterung der materiellen Willensgebundenheit der mindern Gewalt, indem kein Verbot der Willensbetätigung aufgestellt wird, wohl aber die Aeußerung der erfolgten Willensbetätigung nicht ohne weiteres als vollkräftig gelten soll. Diese Formel wird in ihrer Allgemeinheit auch den Verhältnissen bei der Selbstgesetzgebung gerecht.

VII.

Von den Verboten und Geboten, welche Formen des aufsichtsrechtlichen Befehls, aufsichtsrechtliche Festsetzungsakte und damit Verwaltungsakte sind [2]), sind strenge zu scheiden *die gesetzlichen* Gebote und Verbote. Die gesetzlichen *Verbote* bestimmen die materielle Willensgebundenheit der mindern Gewalt; die gesetzlichen *Gebote* befehlen der mindern Gewalt, tätig zu werden, und begründen eine Gehorsamspflicht. Dazwischen liegt das Gebiet der relativen Willensfreiheit der mindern Gewalt, relativ, denn es steht ihr zwar zu, zu entscheiden, ob sie tätig werden wolle, auch welcher Art sie tätig werden wolle: nie aber darf ihre Willensbetätigung in Ansehung des von der höhern Gewalt gesetzten Rechts rechtswidrig sein.

VIII.

Die *gesetzlichen* Gebote und Verbote stehen, obwohl von ihnen begrifflich scharf zu trennen, in einem gewissen Verhältnisse zuden auf sichtsrechtlichen Festsetzungsakten [3]); sie sind der Maßstab, welchen die Aufsichtsbehörde ihren Entschließungen zu Grunde legt. Die vorbereitende Tätigkeit der Aufsichtsbehörde nämlich ist eine Prüfung.

---

[1]) Genossenschaftstheorie, pag. 655. Note. a. E.
[2]) Mayer, II, pag. 414 u. oben soeben sub VI.
[3]) Oben sub VI.

Digitized by Google

a) Wo gesetzliches *Gebot* den Maßstab der Prüfung abgiebt, handelt es sich um eine *Prüfung auf Existenz.*

1. *Negatives* Resultat der Prüfung auf Existenz ist regelmäßig das *aufsichtsrechtliche Gebot.* [1])
2. *Positives* Resultat der Prüfung auf Existenz ist die Feststellung, daß dem Gebote Genüge geschehen sei; ein technischer terminus fehlt.

b) Wo gesetzliches *Verbot* den Maßstab der Prüfung abgibt, handelt es sich um eine *Prüfung auf inhaltliche Zulässigkeit.*

1. *Negatives* Resultat einer Prüfung auf inhaltliche Zulässigkeit ist das aufsichtsrechtliche *Verbot.* [2])
2. *Positives* Resultat einer Prüfung auf inhaltliche Zulässigkeit ist die *aufsichtsrechtliche Genehmigung.* [3])

IX.

Die einer *expressen* Prüfung unterstellten Akte der Kantone lassen sich nach dem Verhältnis des durch die Rechtsnormierung ausgeübten Rechts zum es Ausübenden scheiden in:

1. Akte der Rechtsnormierung *kraft delegierten Rechts.* Solche liegen vor, wenn der Bund zur Regelung einer Materie verfassungsmäßig kompetent ist, von der Kompetenz aber keinen Gebrauch macht.

2. Akte der Rechtsnormierung *kraft eigenen Rechts;* sie betreffen immer Materien, welche verfassungsmäßig der Bundesstaat zu regeln nicht kompetent ist. Hieher sind zu zählen:

a) die Kantonsverfassungen;
b) der Großteil rechtsnormativer Konkordate;
c) die Rechtsnormierungen, welche Art. 43 Schlußsatz und Art. 55 Abs. 2 der Bundesverfassung vorsehen;
d) in Ausführung bundesstaatlicher gesetzlicher Gebote erlassene Normierungen über solche Materien;
e) Normierungen über Materien, welche selber zu regeln der Bund nicht kompetent ist, über deren Regelung von Kantons wegen er aber ausdrückliche Schranken gesetzlich aufgestellt hat.

---

[1]) Oben sub VI. 1.
[2]) Oben sub VI. 2.
[3]) Oben sub VI. 3.

Digitized by Google

X.

Delegation im Speziellen.

1. Sie liegt vor, wenn der Bund, statt von eigener verfassungsmäßig bestehender Kompetenz Gebrauch zu machen, eine Materie

a) ausdrücklich auf den Weg der Normierung von kantonswegen verweist unter Statuierung einer Prüfungspflicht; s. z. B. Art. 24 des B. G. betr. Fischerei von 1888 [1]); oder wo er

b) sich ausdrücklich Genehmigung der das betreffende Gebiet regelnden, vom Kanton ausgehenden Normen vorbehält, wobei aber dem Kanton freisteht, solche zu erlassen oder nicht. In solchem Verhalten des Bundes ist eine Delegation zu erblicken. [2])

2. Bezüglich der kraft Delegation erlassenen Normen erhebt sich die Frage, was sie seien, ob Bundesrechtsnormen oder kantonale Normen?

Ein Analogon findet sich im Einheitsstaate, wo dieser der Regelung durch ihn selber auf Grund der Verfassung kompetenziell fähige Materien an die ihm eingegliederten autonomen Körperschaften zur Regelung überläßt, die Normen aber hernach genehmigt. Für die Schweiz bilden ein Beispiel von kantonswegen genehmigte Gemeindenormierungen. Das Bundesgericht hat sie in einem Entscheide [3]) als „kraft gesetzlicher Ermächtigung autonomisch erlassene Ortsgesetze" bezeichnet [4]). Für das deutsche Recht bietet Beispiele Rosin, Recht der öffentlichen Genossenschaft, pag. 187.

In einem neuern Entscheide [5]) erklärt das Bundesgericht über eine kraft einheitsstaatlicher Delegation erlassene, hernach staatlich genehmigte Gemeindenormierung, ein Baureglement, daß es zufolge der gesetzlichen Ermächtigung gerade so gut Gesetzeskraft erlangt habe für seinen Geltungsbereich wie die einzelnen Bestimmungen des vom Gesetzgeber erlassenen Baugesetzes.

Das Bundesgericht hat mit seiner Formulierung das ent-

---

[1]) A. Slg. N. F. 11, pag. 69.

[2]) Ausgeschlossen ist damit das Gebiet der fakultativen Gesetzgebungskompetenz des Bundes *als Ganzes*, hierher gehörig nur der Fall, wo ausdrücklich Genehmigung vorgesehen wird.

[3]) B. G. E. X. 239/40.

[4]) S. Gutachten über die Autonomie der Stadtgemeinde Zürich u. s. f. von Leo Weber, spez. pag. 26.

[5]) B. G. E. XXX, 1, pag. 67, Erw. 4, spez. pag. 69 oben.

Digitized by Google

scheidende Kriterium nicht hervorgehoben. Auch unterscheiden sich solche Rechtssätze dann wiederum von den der Antonomie entsprungenen dadurch, daß sie eben kraft Delegation ergehen.

Allerdings, in dem hier entscheidenden Punkte sind zunächst beide Arten von Normen gleichwertig. Das in ihnen tätige imperium ist imperium der mindern Gewalt, und das unterscheidet u. E. diese beiden Vorgänge wieder fundamental von der Ermächtigung einer Verwaltungsstelle zum Erlaß von Rechtsnormen. Der Verwaltungsstelle wird verliehen eine neue Qualität, die Befähigung zum Erlaß gemeinverbindlicher Normen; in den beiden erstgenannten Fällen liegt lediglich vor Ermächtigung zur Betätigung *vorhandener* Rechts-Normierungsfähigkeit auf konzediertem Gebiete. Das in der kraft Delegation von einer mit zwar kompetentiell beschränktem Rechtsnormierungsrecht bereits ausgestatteten Körperschaft erlassenen Norm sich betätigende imperium ist also imperium der mindern Gewalt.

Das bedeutet vorliegend: das in der Norm sich aussprechende imperium ist nicht bundesstaatliches, sondern kantonales. Die Delegation nämlich, die sich im Verhältnis zum Kanton als Ermächtigung zeigt, ist nach der dem Bunde zugekehrten Seite Verzicht. In der Betonung der Delegation in ihrer dem Bunde zugekehrten Seite als lediglich Verzicht und nichts mehr ist ausgedrückt, daß nach der positiven Seite der Ermächtigung sie nur bedeuten kann: Erlaubnis zur Betätigung eigener (kantonaler) Befehlsgewalt auf konzediertem Gebiete, *nicht aber Verleihung neuer* (bundesstaatlicher) Befehlsgewalt.

Damit ist die oben gestellte Frage dahin beantwortet: es sind *nicht Bundesnormen*, sondern kantonale.

3. Die Erkenntnis der Ermächtigung in ihrer dem Bunde zugekehrten Seite als lediglich Verzicht und nicht mehr erweist sich als noch in einer andern Richtung bedeutsam. Der Verzichtende hat gemäß dem Wesen des Verzichts es in der Hand, die inhaltliche Bedeutung seiner Preisgabe nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ zu bestimmen. Insbesondere kann er sich vorbehalten eine Prüfung; ferner, daß der Akt rechtswirksam werden soll erst nach Herausstellung eines positiven Prüfungsresultates.

Das bedeutet nun aber keinen Eingriff in eigenes Recht der Kantone, *denn das subjektive Recht zur Gesetz-*

Digitized by Google

gebung auf dem konzedierten Gebiete erwächst dem Kanton als kongenital in dieser Hinsicht beschränktes.

Damit erweist sich, daß bei solchen Rechtsnormierungen, welche, von einem Kantone *kraft Delegation*, nicht kraft eigenen Rechts erlassen, einer Genehmigung bedürftig sind, es sich nicht um eine aufsichtsrechtliche Genehmigung in dem oben sub VI genannten Sinne handelt, sondern um ein Institut, das ihr zwar äußerlich gleicht und auch in der Wirkung von ihr nicht zu unterscheiden ist, aber doch nicht mit ihr wesensgleich ist. (Uneigentliche Genehmigung, Quasigenehmigung).

XI.

Normierung kraft eigenen Rechts im Speziellen.

Wo verfassungsmäßig der Bund materiell nicht kompetent ist, normiert ein Kanton kraft eigenen Rechts [1]). Es liegt hier nicht vor ein Verzicht des Bundes. Darum ist auch das Normierungsrecht des Kantons nicht wie bei der Delegation [2]) kongenital beschränkt. Der Kanton hat das Recht nicht, weil der Bund es ihm, inhaltlich bestimmt, zugesteht, sondern weil der Bund selber auf Grund der Verfassung es nicht hat.

Wenn der Kanton sich in Ausübung dieses Rechts betätigt, so ist deshalb seine Norm, soferne sie überhaupt existent wird [3]), im Allgemeinen ohne weiteres vollkräftig.

Absprechung dieser Vollkraft bedeutet einen Eingriff in das Recht des Kantons, und dieser Eingriff bedarf eines Grundes, der ihn nach den Regeln des Rechtsstaates rechtfertigt [4]) immer, wenn er nicht etwa von der Legislative qua solcher ausgeht. Wo ein solcher Grund vorliegt, handelt es sich um ein Aufsichtsrecht; dessen Begründung geht vor sich durch Setzen eines die passive Prüfungspflicht statuierenden Rechtssatzes [5]). Die Prüfung betätigt sich in den Formen des aufsichtsrechtlichen Festsetzungsaktes [6]). Von den den Maßstab der Prüfung bildenden *gesetzlichen* Geboten und Verboten [7]) bedürfen die letztern einer besondern

[1]) Oben I, 2.
[2]) Soeben oben X, a. E.
[3]) Bei materiellem Widerspruche mit Bundesrecht wird sie es nicht, s. o. sub I, 2, die Erwähnung von Art. 2 Uebergangsbest. z. B. V, sondern dann führt sie höchstens ein Scheindasein.
[4]) Oben sub III.
[5]) Oben sub IV.
[6]) Oben sub VI.
[7]) Oben sub VII.

Digitized by Google

Bemerkung. Sie zeigen sich nämlich bald in der Form absoluter Verbote, bald in der Form der Statuierung gewisser Maximal- oder Minimal-Limiten für bestimmte Anforderungen, die dem Kanton zu überschreiten oder zu unterbieten verboten ist.

Bei der Selbstgesetzgebung im strengen Sinne[1]) zeigt sich nun die in der aufsichtsrechtlichen Genehmigungspflicht aufgestellte eigenartige und selbständig wirkende Schranke[2]) dergestalt: die an sich dem Gebiete der materiellen Willensfreiheit der Kantone angehörige Norm ist ungültig, bevor eine expresse Prüfung auf inhaltliche Zulässigkeit[3]) ein positives Resultat[4]) ergeben hat.

Das heißt: die Genehmigung tritt als etwas besonderes zu der bisher nicht vollkräftigen kantonalen Norm.

XII.

Wesensverschiedenheit und Erscheinungsgleichheit der beiden Genehmigungsarten

(der uneigentlichen Genehmigung und der eigentlichen)

1. Die Wesensverschiedenheit zeigt sich im Verhältnis zwischen Bundesstaat und Gliedstaat. Die Statuierung passiver Prüfungspflicht bedeutet bei kraft eigenen Rechts erlassenen Normen einen Eingriff des Bundesstaates in eigene bestehende Rechte der Kantone. Die Statuierung passiver Prüfungspflicht bei kraft Delegation erlassenen Akten bedeutet einen solchen in diesem Verhältnis nicht.

2. Die Gleichheit der äußern Erscheinung zeigt sich besonders in zwei Punkten:

a) Zur Betätigung des Eingriffs bei kraft eigenen Rechts erlassenen Normen, wie auch zur Betätigung der Kontrolle bei kraft Delegation erlassenen Normen ist die Bundesadministrative berufen.

b) Die Wirkung der passiven Prüfungspflicht, sowie diejenige der Prüfungsresultate ist beiderorts dieselbe.

XIII.

Folgerungen. Kritik der Doktrin und Praxis.

Nach den bisherigen Ausführungen wird an eine Untersuchung der hauptsächlichen *Streitfragen* in der Lehre von der bundesmäßigen Genehmigung herangetreten.

---

[1]) Oben sub I, 2.
[2]) Oben sub VI. 3 lit. *b*.
[3]) Oben sub VIII, lit. *b* pr.
[4]) Oben sub VIII, lit. *b* 2.

Digitized by Google

1. Die Frage der Suspensivwirkung.

A. Die Stellung der Doktrin.

Sie vertritt vorwiegend den Standpunkt, daß eine Suspensivwirkung nicht in Frage komme. So einheitlich bezüglich der Kantonsverfassungen [1]), ebenso hinsichtlich der Konkordate [2]). Hinsichtlich der Preßgesetze macht sich ein Unterschied geltend zwischen der ältern und der neuern Doktrin. Die Aeltern, so noch Blumer-Morel I, pag. 495, sprechen sich für suspensive Wirkung aus. Die neuere Lehre negiert sie auch hier [3]). Das Gleiche ist der Fall bezüglich der Niederlassungsgesetze: die Aeltern, so Blumer-Morel I, pag. 396, sprechen suspensive Wirkung an; die Neuern negieren sie [4]). Bemerkenswert ist die abweichende Stellungnahme von Jenny, der auf Grund zusammenhängender Interpretation [5]) zum gegenteiligen Resultate kommt und suspensive Wirkung anspricht.

Ueber die Wirkung der Genehmigung bei kantonalen Gesetzen und Verordnungen, die gemäß der Bundes*gesetzgebung* der Genehmigung unterliegen, spricht sich die Doktrin u. W. bisher nicht besonders aus.

B. Die Stellungnahme der Praxis.

Auch sie ist nicht einheitlich, weder hinsichtlich der Genehmigung im Ganzen, noch sogar hinsichtlich der Genehmigung bei einer und derselben Art von genehmigungsbedürftigen Akten.

Bei Kantonsverfassungen wird Suspensierung negiert [6]), bei Konkordaten scheint das Bundesgericht sie anzunehmen [7]). Die gerügte Diskrepanz in der Anschauung über die Wirkung der Genehmigung bei einer und derselben Art von

---

[1]) Blumer-Morel I, pag. 233. Schollenberger, Kommentar 135 (Zitat nach Jenny). Burckhardt, Kommentar, pag. 123.

[2]) Schollenberger, Bundesstaatsrecht, pag. 153. Burckhardt, Kommentar, pag. 123.

[3]) Schollenberger, Kommentar, pag. 411 (Zitat nach Jenny). Schollenberger, Bundesstaatsrecht, pag. 211. Affolter, Bundesstaatsrecht, pag. 99. Burckhardt, Kommentar, pag. 572, der das Geständnis ablegt, daß zwar das Gegenteil dem Zwecke der Genehmigung besser entsprechen würde.

[4]) Schollenberger, 341 (Zitat nach Jenny). Burckhardt, Kommentar, 407.

[5]) Jenny, Aufsicht des Bundes über die Kantone, 1905, pag. 61 ff.

[6]) Ullmer, Nr. 21. Salis, Bundesrecht, I, pag. 49 u. 50.

[7]) B. G. E. IV, pag. 74, und XXIV, 1, pag. 446.

Digitized by Google

genehmigungsbedürftigen Akten zeigt sich bei den Preßgesetzen. Das Bundesgericht negiert die Suspensivwirkung [1]), während der Bundesrat sie behauptet [2]). Hinsichtlich der Niederlassungsgesetze fehlen bisher ausdrückliche Entscheide. Bei den durch die Bundesgesetzgebung genehmigungsbedürftig erklärten Akten nimmt die Praxis Suspensivwirkung an. [3])

C. Kritik.

1. Bei Kantons*verfassungen* handelt es sich zweifellos um kraft eigenen Rechts erlassene Akte, wenn auch von Bundes wegen gewisse Anforderungen und Verbote statuiert sind. Die Genehmigungspflicht stellt einen Eingriff dar auch im Verhältnis zwischen Bundesstaat und Gliedstaat; seine Rechtfertigung liegt in der Form der Begründung durch Rechtssatz. Damit ist aber auch die besondere Schranke gegeben [4]) und damit die Wirkung, daß der nicht genehmigte Akt ungiltig ist.

Das erste Mal kam die Bundesbehörde im Jahre 1851 in den Fall, sich über die Wirkung der Genehmigung ausdrücklich auszusprechen [5]). Ihr Bescheid lautete im Sinne der Negation jeglicher Suspensivwirkung. Die Gründe sind u. a. folgende: daß die Bundesverfassung nicht ausdrücklich wie andern Orts diese Folge ausspreche; daß die im konkreten Falle vorliegende Verfassung von Nidwalden sich materiell zulässig erweisen werde; daß die Suspension „umsoweniger zulässig sei, als, je nach dem Zeitpunkte der Aufstellung einer neuen Kantonsverfassung, die Gewährleistung derselben sich beinahe um ein Jahr verzögern kann". Der erste dieser Gründe läßt nicht einen zwingenden Schluß zu, mindestens nicht für sich allein; der zweite darf, als hauptsächlich den konkreten Fall mit seinen speziellen Umständen berücksichtigend, nicht als für die prinzipielle Stellungnahme entscheidend in Betracht kommen; was den weiterhin angeführten Grund angeht, daß ja eine Kontrolle genügend durch alt-B. V. Art. 90, 2 garantiert sei, so ließe sich dieser andererseits auch für solche Materien anführen, bezüglich welcher suspensive Wirkung ausdrücklich normiert ist und

[1]) B. G. E. IX, pag. 421, Erw. 1. XV, pag. 52, Erw. 2. und pag. 540, Erw. 1.
[2]) Salis, I (erste Auflage) Nr. 48.
[3]) Vergl. Jenny, a. a. O. Zitate pag. 66, Anm. 1.
[4]) Oben VI, lit. *b* u. *c*.
[5]) Bundesblatt 1851, II, pag. 318.

Digitized by Google

könnte dann diese Anordnung als zu viel erscheinen lassen. Das Hauptgewicht aber scheint auf die befürchtete Verzögerung gelegt worden zu sein, und es hat also *nicht eine theoretische Erwägung über die Natur des ganzen Instituts den Ausschlag gegeben, sondern eine Erwägung, die sich als reine Konzession an die Schwierigkeit, nicht etwa Unmöglichkeit* [1]), *der praktischen Durchführung* darstellt.

Dieser Fehltritt erweist sich als folgenschwer und wirkt nach bis in die neueste Zeit hinein; er darf als der Ausgangspunkt und die Ursache der herrschenden Verkennung angesehen werden. Denn vielfach wird nun so argumentiert: wenn nicht einmal bei den Kantonsverfassungen suspensive Wirkung vorliegt, so ist dies noch viel weniger bei einfachen Gesetzen und Verordnungen der Fall. Burckhardt geht [2]) soweit, zuzugestehen, daß Annahme der Suspension bei Preßgesetzen „zwar dem Zwecke der Genehmigung besser entsprechen würde", es sei aber nicht einzusehen, warum hier anders verfahren werden sollte als bei der Garantie der Kantonsverfassungen.

2. Des Weitern kraft eigenen Rechts erlassen sind

a) Konkordate. Bemerkenswert sind die Ausführungen des Bundesgerichts in den oben bereits zitierten Fällen IV, 74, und XXIV, 1, pag. 446. Die Doktrin [3]) führt zur Begründung ihrer Negation der Suspensivwirkung einen Beschluß der Revisionskommission von 1847 an. Zu beachten ist aber auch der Antrag der Minderheit, auf den sich 4 Stimmen gegen 11 vereinigten [4]). Die Revisionskommission von 1847 war aber nicht ein Gesetzgeber; und wenn auch allerdings im Allgemeinen die Schlußnahmen von vorbereitenden Kommissionen als Interpretationsmittel nicht zu unterschätzen sind, so glauben wir doch, daß in casu nicht zu großes Gewicht darauf gelegt werden sollte, da diese Schlußnahme mit dem Wesen des Instituts als einheitlichem Ganzen aufgefaßt in Widerspruch steht.

b) Preßgesetze und Niederlassungsgesetze. B. V. Art. 55 u. 43. Bei Preßgesetzen war die ältere Doktrin für suspensive Wirkung, die neuere negiert sie, hier wiederum mit dem Schlusse: wenn sogar bei Kantonsverfassungen...

[1]) S. Art. 1 Abs. 2 des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 22. Dezember 1849, A. Slg. I, pag. 279.

[2]) Kommentar, pag. 572.

[3]) Burckhardt, Kommentar, pag. 123. Jenny, a. a. O. pag. 49.

[4]) Protokoll der Revisionskommission von 1847 pag. 17, lit. *a*.

Digitized by Google

dann umsomehr bei Gesetzen. Da u. A. nach schon bei Kantonsverfassungen diese Auffassung einen Fehltritt bedeutete, ist dieser Schluß für uns nicht zwingend [1]); u. E. richtig ist die Praxis des Bundesrates [2]), unrichtig die gegenteilige des Bundesgerichts. Sehr bemerkenswert ist die Stellungnahme von Jenny, der auf Grund zusammenhängender Interpretation zu dem Schlusse gelangt, es müsse bei Preßgesetzen und Niederlassungsgesetzen suspensive Wirkung angenommen werden. Sein Wunsch, es möchte die Praxis der Bundesbehörden einheitlich werden und zwar im Sinne der Aufrechterhaltung der bundesrätlichen Praxis, kann nur unterstützt werden.

Bei Niederlassungsgesetzen zeigt sich in der Doktrin die parallele Erscheinung zu der soeben besprochenen. Die Praxis hat noch keine grundlegenden Entscheide gezeitigt. Auf der Ansicht fußend, daß hier überall das eine und einheitliche Institut der eigentlichen Genehmigung [3]) vorliege, müssen wir auch hier suspensive Wirkung ansprechen. S. auch Jenny, der wiederum mit der zusammenhängenden Interpretation zum gleichen Resultat kommt.

c) In Ausführung gesetzlicher bundesmäßiger Gebote zur Regelung solcher Materien erlassene Normen, welche selber zu regeln der Bund nicht kompetent ist [4]). Zu diesen Geboten sind zu zählen:

Art. 25 Abs. 2 u. 3 B. G. über Schuldbetreibung und Konkurs;
Art. 8 Abs. 3 des Zivilstandsgesetzes;
Art. 7 des Wasserbaupolizeigesetzes;
Art. 10 des Epidemiengesetzes.

Hier überall liegt vor reines gesetzliches Gebot zur Betätigung kantonaler Befehlsgewalt, die kraft eigenen Rechts besteht. Die angeordnete Prüfung ist nicht expresse Prüfung auf inhaltliche Zulässigkeit, sondern Prüfung auf Existenz [5]). Das zeigt sich besonders bei Art. 7 des Wasserbaupolizeigestzes, worin der Bundesrat ermächtigt wird, bei negativem Ergebnis einer Prüfung auf Existenz, statt des in diesem Falle regelmäßigen aufsichtsrechtlichen Gebotes [6]) selber Rechts-

[1]) S. a. Jenny, a. a. O. pag. 60 Anm. 3, a. E.
[2]) Salis (erste Auflage), I, Nr. 48.
[3]) Oben sub XI.
[4]) Oben sub IX, 2, lit. *d*.
[5]) Oben sub VIII, lit. *a*.
[6]) Oben VIII, lit. *a* 1.

Digitized by Google

normierung an Stelle des Kantons vorzunehmen; um eine ähnliche Ermächtigung hat der Bundesrat neuerdings speziell nachgesucht bei Anlaß der Einführungsgesetze zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. [1])

d) Bei sei's gebotener, sei's ungebotener Regelung kraft eigenen Rechts, aber innert ausdrücklichen bundesmäßigen Schranken [2]), liegt vor Prüfung auf inhaltliche Zulässigkeit [3]); hierher sind zu rechnen:

Art. 8 Abs. 2 B. G. über Handel mit Gold- und Silberabfällen;
Art. 6 Abs. 2 Forstpolizeigesetz von 1876;
Art. 24 Jagd- und Vogelschutzgesetz;
B. G. betr. Schuldbetreibung und Konkurs Art. 13, 25, Abs. 1, und 27.

Hier überall handelt es sich um eigentliche Genehmigung, und damit ist die Annahme der Praxis, es liege Suspensivwirkung vor, gerechtfertigt. [4])

3. Von den einer expressen Prüfung unterworfenen Akten sind als kraft Delegation [5]) ergangen zu erachten diejenigen, auf welche beispielsweise folgende Stellen Bezug nehmen, und zwar ist gemeint:

a) Eine Prüfung expressim lediglich auf Existenz bei Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs Art. 28, 320, 321, 327, 329, 330, 332. Sie schwächt sich in denjenigen Fällen, da kein gesetzliches Gebot zu Grunde liegt, ab zur bloßen Entgegennahme einer Anzeige;

b) Eine Prüfung expressim auf inhaltliche Zulässigkeit bei Art. 45 u. 111 B. G. betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Hier liegt demnach uneigentliche Genehmigung vor [6]), dasjenige Institut, das hier, bei kraft Delegation erlassenen Akten entspricht der eigentlichen Genehmigung bei kraft eigenen Rechts erlassenen Akten.

Durchaus mit Recht stellt der Bundesrat im Archiv für Sch. u. K., I Nr. 90, pag. 174, einander einerseits Art. 29

---

[1]) S. Salis (2. Auflage), II, Nr. 380, pag. 191.
[2]) Oben IX, 2 lit. *e*.
[3]) Oben VIII, lit. *b*.
[4]) Vergl. folgende Entscheide: Salis (2. Auflage), V, Nr. 2110. Archiv f. Sch. K., V, pag. 170, letzter Satz. Hauptsächlich Bundesblatt 1903, Bd. IV, pag. 423 ff. Fall Patry, spez. pag. 433 ff.
[5]) Oben X.
[6]) Oben X, a. E.

Digitized by Google

u. 333, Abs. 2, des Betreibungsgesetzes und andererseits Art. 28 u. 333, Abs. 1, gegenüber. Nur bei erstern, sagt er, handle es sich um eine Genehmigung; denn mit Recht versteht er unter Genehmigung das positive Resultat einer Prüfung auf Zulässigkeit. [1])

Was nun die vorwürfige Frage der Suspension anbetrifft, so mag man wiederum im Zweifel sein über die Wirkung, wo lediglich Prüfungspflicht auf Existenz vorliegt [2]). Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, daß bei ihnen Suspensivwirkung nicht in Frage kommen könne, indem nur bei den in Ausführung der Art. 13, 25, 27, 45 u. 111 erlassenen Akten die Genehmigung „*Rechtskraft verleihen*" könne. [3])

Daß das Bundesgericht von Verleihung von Rechtskraft spricht, erachten wir für richtig; denn nach den theoretischen Erörterungen zu Beginn [4]) handelt es sich überall nicht um bloße Suspension der Vollziehbarkeit, sondern um Suspension des Zustandekommens, doch ist natürlich das minus im plus erhalten.

2. Die Frage der Zurücknahmemöglichkeit.

Die Genehmigung ist zurücknehmbar; den gegenteiligen Standpunkt einzunehmen verbietet sich von selbst, wenn man als das wesentliche der Genehmigung ansieht ihre Natur als Resultat einer Prüfung. Ein Grund, warum für den Prüfenden selber ein nachträglich als falsch erkanntes Resultat fernerhin als richtig gelten soll, d. h. warum ihm die Möglichkeit benommen sein soll, das falsch verkündete Resultat zu widerrufen, ist schlechterdings nicht einzusehen.

U. E. mit Recht bejahen darum Doktrin [5]) und Praxis [6]) die Zurücknahmemöglichkeit. Abweichend zwar spricht sich Hilty aus im politischen Jahrbuch VI, 415, speziell hinsichtlich der Kantonsverfassungen. Er zieht als Vergleich das rechtskräftige Urteil bei. Dabei wird aber außer Acht gelassen, daß das Urteil autoritativ unter den Parteien einen

---

[1]) Gleichen Orts, Erw. 3 a. E. Vergl. auch oben sub X, a. E.
[2]) Vergl. soeben oben sub *c*, a. E.
[3]) Arg. e contrario beim letzten Satz der Seite 170 im Archiv *f.* Sch. K. Bd. V.
[4]) Oben VI sub 3.
[5]) Jenny, a. a. O. pag. 16 und dortige Zitate.
[6]) Salis (2. Auflage) I, Nr. 52.

Digitized by Google

Zustand schafft. Das Interesse an dem Bestande dieses Zustandes ist hier, auch wenn er materiell zu Unrecht besteht, grösser als das Interesse an Verwirklichung des matriellen Rechts, denn es ist für die Parteien förderlicher, wenn sie wissen, woran sie sind und also auf irgend einem gegebenen Zustande weiter bauen können, als wenn mit der Prätension, das materielle Recht müsse verwirklicht werden, ein definitiver Abschluß überhaupt verhindert zu werden vermöchte. Das Recht aber ist um der Menschen willen da. Im formell rechtskräftigen, materiell ungerechten Urteil zeigt sich zur Evidenz die Kompromißnatur des Rechts.

Wenn Hilty weiterhin fragt: was denn gelten solle, wenn die frühere Verfassung durch die einmal genehmigte neue außer Kraft gesetzt sei und dieser wiederum die Rechtskraft entzogen werde, so beweist das nichts gegen die Zurücknahmemöglichkeit. Denn es scheint dabei übersehen zu werden, daß sowohl Bundesrat, als wie in casu Bundesversammlung, sobald sie, wie bei der Genehmigung, als *Verwaltungs*-Behörden tätig werden, an das Gesetz gebunden sind. Da nun die Genehmigung bloß formale Bedingung des Zustandekommens des kantonalen Aktes ist, so ist dieser letztere bei trotzdem vorhandenem inhaltlichem Widerspruche von Gesetzes wegen trotz ihrer von Anfang ab materiell nichtig. Es verhält sich in diesem Falle nicht anders, als wenn sich sonstwie erweist, daß ein neuer kantonaler Akt, z. B. ein Gesetz, materiell nichtig sei, d. h. das alte bleibt eben in Kraft.[1])

Vom Falle des Urteils, um auf diesen zurückzukommen, unterscheidet sich die Genehmigung namentlich in zwei Punkten:

a) Sie schafft nicht selbständig einen Zustand unter Parteien, für die ein fester, wenn auch materiel ungerechter Entscheid förderlicher ist, als die Unsicherheit, welche sich als unausweichliche Folge ergibt der Forderung, das materielle Recht müsse à tout prix verwirklicht werden.

b) Im Urteil spricht sich ein Wille aus. Willensbetätigung ist bei ihm essentiale. Bei der Genehmigung handelt es sich wesentlich um Erkenntnistätigkeit.

---

[1]) Wie z. B. in dem erwähnten Falle Patry, wo die Regierung von Wallis, weil ein neues Gesetz materiell nichtig war, auf Grund des alten Gesetzes zu verfahren „eingeladen" wurde.

Digitized by Google

8. Die Frage der Verbindlichkeit der Genehmigung für andere Bundesbehörden.

A. Das Verhältnis vor erteilter Genehmigung.

Es gehört streng genommen nicht hierher. Gemäß der oben vertretenen Ansicht über die Genehmigung in dem Sinne, daß die Genehmigungspflicht suspendierend in das Zustandekommen des kantonalen Aktes eingreife, muß verlangt werden, daß *vor* erteilter Genehmigung keine Bundesbehörde das genehmigungspflichtige Objekt als rechtskräftig behandle. [1])

B. Das Verhältnis nach erteilter Genehmigung.

1. Wesentlich für die Genehmigung ist ihre Natur als Resultat einer aufsichtsrechtlichen Prüfung. Das Essentielle ist bei ihr Feststellungstätigkeit, nicht autoritative Anordnung, Willensbetätigung. Damit ist ausgesprochen, daß freilich als Verwaltungsakt der obern Verwaltungsbehörde die Genehmigung für die untere Verwaltungsbehörde bindend sei; speziell, daß eine von der Bundesversammlung ausgesprochene Genehmigung für den Bundesrat verbindlich sei in seiner Eigenschaft als *Verwaltungs*behörde.

Nicht dagegen existiert eine Verbindlichkeit gegenüber den Gerichtsbehörden, dem Bundesgericht und dem Bundesrat qua Gerichtsinstanz.

2. Mit dem Begriffe Verbindlichkeit kann im vorliegenden Falle zweierlei gemeint sein:

a) es solle das Genehmigungsobjekt (die Norm) als zulässig gelten; das bedeutet, daß keine andere Behörde dem Genehmigungsobjekt selber gegenüber eine Kassationsbefugnis besitzt, oder

b) es solle die Wirksamkeit, die Betätigung, des Genehmigungsobjekts um der Zulässigkeit dieses selbst willen anerkannt sein. Beides ist durchaus zweierlei:

Bezüglich des letztgenannten Falles sind Doktrin [2]) und Praxis [3]) einig, daß Verbindlichkeit in diesem Sinne nicht

---

[1]) U. E. richtig B. G. E. XVII, pag. 630, Erw. 4 a. E., denn das fragliche Verfassungsgesetz wurde erst am 23. Dez. 1891 genehmigt, s. A. Slg. der Bundesgesetze N. F. XII, pag. 452, während das Urteil datiert vom 21. Nov. 1891; ebenso B. G. E. XX, pag. 4, Erw. 2: Genehmigung d. d. 23. Juni 1896, s. A. Slg. der Bundesgesetze N. F. XV, pag. 480, während das Urteil datiert vom 22. Januar 1896.

[2]) Jenny, a. a. O., pag. 108 und Zitate in Anm. 3.

[3]) B. G. E. XVI, pag. 81, Erw. 1.

Digitized by Google

gemeint sein kann. Die Aeußerungen einer genehmigten Norm sind dem Prüfungs- und insbesonders Kassationsrecht der Jurisdiktionsbehörden nicht entzogen.

In der Hinsicht auf den sub *a* erwähnten Fall vertritt das Bundesgericht die Ansicht, daß eine Kassationsbefugnis ihm nicht zukomme einer genehmigten kantonalen Norm gegenüber; das ist in B. G. E. XVI, 630, Erw. 4 a. E. ausgesprochen, zwar nicht ganz deutlich, denn es handelt sich um noch nicht genehmigte Normen, aber die Fassung ist doch so gestaltet, als ob nach Ansicht des Bundesgerichts die erteilte Genehmigung definitiv über die Zulässigkeit des Genehmigungsobjektes als solchen entscheide[1]). Späterhin aber spricht sich das Bundesgericht ganz unzweideutig, unter Erwägung der Kompetenznormen nämlich, aus[2]): das Bundesgericht „kann nicht in Konkurrenz mit der Bundesversammlung eine und dieselbe Frage prüfen und entscheiden: ob eine Kantonsverfassung den bundesrechtlichen Vorschriften entspreche oder nicht. Vielmehr wird dem Art. 113 B. V. in diesem Punkte derogiert durch die Spezialnorm der Art. 5, 6, 85".

Anders nimmt die Doktrin Stellung. Schollenberger sagt in seinem Bundesstaatsrecht pag. 143: die Genehmigung[3]) hindert nicht die nachherige Prüfung einer Verfassungsvorschrift auf ihre Uebereinstimmung mit dem Bundesrecht und die *Kassation* derselben, namentlich im Rekursfall; s. a. Affolter, Bundesstaatsrecht pag. 52; Jenny, a. a. O pag. 108 ff.; Burckhardt, Kommentar 120 f., der allerdings pag. 120 u. und 121 o. u. E. nicht ganz einwandfrei argumentiert. Wir meinen, es dürfe auf den formellen Konflikt hinauskommen, den er zu scheuen scheint, und trotzdem lasse sich diese Stellungnahme rechtfertigen.

Gemäß der hier vertretenen Auffassung der Genehmigung ist die Stellungnahme der Doktrin als im *Resultat* richtig zu bezeichnen. In Konsequenz dieser Auffassung muß die *Begründung* lauten: durch die Genehmigung, die ihrerseits reiner Verwaltungsakt und darum für die Gerichtsbehörden unverbindlich ist, wird das Genehmigungsobjekt nicht in seinem Rang als kantonaler Akt verändert. So gut aber als den Gerichtsbehörden des Bundes einer ge-

[1]) S. insbes. den Schlußsatz a. a. O.
[2]) B. G. E. XXII, pag. 4, Erw. 2.
[3]) Gemeint ist bei Verfassungen.

Digitized by Google

wöhnlichen, d. h. der Genehmigung nicht bedürftigen kantonalen Norm gegenüber ein Prüfungs- und Kassationsrecht zusteht, ebenso muß es ihnen auch zustehen einer mit der aufsichtsrechtlichen Genehmigung ausgestatteten Norm gegenüber. Denn die aufsichtsrechtliche Genehmigung ist nur das Resultat der in Betätigung der besondern Schranke vorgenommenen Prüfung und als solches eine Bedingung des Zustandekommens des kantonalen Aktes; sie kann aber nicht verhindern, daß dieser bei trotzdem vorhandenem Widerspruche ein bloßes Scheindasein führt.

Hauptversammlung des bernischen Juristenvereins

Montag, den 26. Oktober 1908, 9½ Uhr vormittags

im Gasthof z. „Bären" in Bern.

Anwesend 77 Mitglieder.

Den Vorsitz führt Oberrichter Thormann.

Das Protokoll führt Fürsprech F. Zeerleder.

Der Vorsitzende gedenkt der seit letzter Hauptversammlung *dahingeschiedenen Mitglieder*, Obergerichtspräsident *Leuenberger*, Oberrichter *Samuel Stooß*, Oberrichter *Meyer*, Staatsanwalt *Bangerter*, Fürsprech *Rem*, Fürsprech *C. R. Hoffmann* und Regierungsrat *Ritschard*, dessen Todesnachricht soeben intrifft. Die Versammlung erhebt sich zu Ehren der Verstorbenen von ihren Sitzen.

Die vom Kassier Oberrichter Schorrer abgelegte *Rechnung* wird durch Oberrichter Folletête und Fürsprech Rothen als Revisoren geprüft und von der Versammlung unter Decharge-Erteilung und mit bestem Dank für den Rechnungsgeber genehmigt.

Der Vorsitzende gibt Kenntnis von folgenden, durch Anmeldung erfolgten *Eintritten*, nämlich:

1. Meier, Albert, Fürsprech, Biel.
2. Jobin, Xavier, Dr., Avocat, Berne.
3. Witz, Carl, Fürsprech, Langenthal.
4. Schær, J. J., Notar, Langnau.
5. Seiler, Fritz, Fürsprech, Huttwyl.
6. Imer, Paul, Avocat, Greffier du Tribunal, Neuveville.
7. Roost, Oscar, Fürsprech, Thun.

Digitized by Google

8. Lindenmann, Hermann, Fürsprech, Frutigen.
9. Joray, Albert, Notar, Delsberg.
10. Freiburghaus, Emil, Notar, Laupen.
11. Frepp, Ernst, Fürsprech, Münster.
12. Martin, Carl, Fürsprech, Bern.
13. Neuhaus, Max, Gerichtspräsident, Biel.
14. Fehlmann, G., Notar, Biel.
15. Krähenbühl, Hans, Notar, Steffisburg.
16. Tschanz, Otto, Gerichtspräsident, Thun.
17. Schaffner, Robert Adolf, Fürsprech, Interlaken.
18. Christen, Paul, Fürsprech, Bern.
19. Greßli, Walter, Oberrichter, Bern.
20. Guhl, Theo, Dr., Privatdozent, Bern.
21. Schwab, Alexander, Amtsnotar, Wohlen.
22. Spielmann, Otto, Fürsprech, Bern.
23. Schacht, Wilhelm, Fürsprech, Interlaken.
24. Farine, J., Avocat, Courroux.
25. Michel, Adolf, Amtsnotar, Interlaken.
26. Leuenberger, Jakob, Dr., Fürsprech, Bern.
27. Gobat, Ernest, Président du Tribunal, Courtelary.
28. Haller, Friedrich, Fürsprech, Burgdorf.
29. Zollinger, Karl, Dr., Fürsprech, Thun.
30. Haas, Alfons, Notar, Laufen.
31. Woker, Harald, Fürsprech, Bern.
32. Rossel, Jean, Avocat, Secr. à la Cour suprême, Berne.
33. Brand, Emil, Notar, Bern.
34. Hochuli, Adolf, Notar, Lyss.
35. Hodler, Ernst, Dr., Bern.
36. Wespi, Albert, Fürsprech, Bern.

Dem Antrag des Vorstandes gemäß wird beschlossen, von Dr. P. Wäbers „*Verzeichnis juristischer Abkürzungen*“ (Zitiermethode) die nötige Anzahl zu erwerben, um je ein Exemplar den Mitgliedern, die es nicht als Mitglieder des Anwaltsverbands erhalten haben, unentgeltlich zu verteilen.

Fürsprech Fr. Bühlmann, Nationalrat, hält über das *bernische Einführungsgesetz zum schweiz. Zivilgesetzbuch* einen Vortrag, der mit großem Beifall aufgenommen und vom Vorsitzenden warm verdankt wird; er wird an andrer Stelle dieser Zeitschrift abgedruckt.

Der Vorsitzende eröffnet die Diskussion titelweise unter Hinweis auf die Möglichkeit, sie nötigenfalls in besonderer Tagung fortzusetzen.

Digitized by Google

I. TITEL.

Zuständige Behörden und Verfahren.

Folletête est frappé du fait que la matière se trouve répartie en paragraphes, au lieu d'articles.

Referent erläutert, die Expertenkommission habe die Paragraphenbezeichnung gewählt, im Gegensatz zum ursprünglichen Vorentwurf, um Verwirrung im Verhältnis zu den „Artikeln" des Z. G. B. zu vermeiden.

Simonin ajoute que le système suivi dans le projet de langue allemande ne préjuge en rien le texte français.

Der *Vorsitzende* tadelt, daß die Maßnahmen gemäß Z. G. B. 185 u. 234, obgleich ganz analoge Verhältnisse betreffend, zwei verschiedenen Kompetenzregeln unterworfen werden, nämlich die Maßnahmen nach Z. G. B. 185 den Kompetenzregeln des § 1, die nach 234 denen nach § 3.

Referent kann nicht zugeben, daß die Verhältnisse bei Z. G. B. 185 u. 234 dieselben seien: laut seinem Marginale gelte 234 für die Fälle fortgesetzter Gütergemeinschaft zwischen Witwe und Kindern: das Rechtsverhältnis sei hier weit weniger klar, als unter Ehegatten und es empfehle sich hier nicht, sich mit einem einseitigen Begehren zu begnügen.

Brüstlein weist hin auf § 106, Z. 5, des Entw. und frägt, ob ein Eheverkommnis des geltenden Rechts mit Ausschluß des Noterbrechts den Pflichteil des Ehegatten nach neuem Rechte bestehen lasse, oder ob er das Erbrecht des Ehegatten in vollem Umfang ausschließe.

Referent antwortet, der Ehetag behalte seine Gültigkeit, wenn die Ehegatten die für Beibehaltung des bisherigen Rechts vorgesehene Erklärung abgegeben haben; in diesem Falle habe es bei den vertraglichen Regeln sein Bewenden.

Huber fügt bei, beim Ehevertrag des bernischen Rechts seien erbrechtliche und güterrechtliche Elemente stark vermischt. Die güterrechtlichen Elemente hätten das Uebergewicht, soweit es sich um Beziehungen des Verstorbenen zu Personen handle, die mit ihm güterrechtlich verbunden waren; handle es sich um andere Personen, so hätten die Beziehungen als erbrechtliche zu gelten.

Digitized by Google

II. TITEL.

Organisatorische Bestimmungen und kantonales Zivilrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

Blumenstein frägt mit Bezug auf § 12, wie sich der Entw. die Rolle des Uebersetzers denke: ob dieser nur zu amten habe als Uebersetzer des Textes der abgefaßten Urkunde, oder ob er auch zu intervenieren habe, wie in Oesterreich und Italien, zur Uebersetzung der von den Parteien dem Notar abgegebenen mündlichen Erklärungen. Er befürwortet, durch allgemeinere Fassung von § 12, Abs. 2, eine solche Intervention des Uebersetzers vorzusehen, wobei dann freilich Abs. 3 wegzufallen hätte, da der Uebersetzer, der in die Verhandlungen eingreife, die nötige Objektivität nicht mehr habe, um als Zeuge dienen zu können.

Referent berichtet, der erste Vorentwurf habe die Beiziehung eines Uebersetzers obligatorisch vorgeschrieben; die Expertenkommission habe dann die Möglichkeit geschaffen, daß der Notar selbst die Uebersetzung vornehmen könne. Mit Bezug auf die Zeugenqualität sei der Vorschlag Blumenstein vorzuziehen.

Simonin estime qu'une discussion de cet article est sans objet, attendu que la disposition qui y est prévue sera probablement transférée dans l'ordonnance d'exécution relative à la loi sur le notariat. Il ajoute qu'il en sera probablement de même pour les dispositions concernant l'adjudication, pour autant qu'elles ne touchent pas à la validité du contrat d'adjudication lui-même.

Vorsitzender teilt die Auffassung Blumensteins, freilich unter Anfügung eines Vorbehalts mit Bezug auf die Frage, ob für die Notariatsurkunde überhaupt Zeugen zu fordern seien.

Zweiter Abschnitt.

Personenrecht.

Referent führt aus, die Frage, ob bereits bestehende Körperschaften der in § 19 genannten Art zur Erwirkung der juristischen Persönlichkeit noch der regierungsrätlichen Genehmigung bedürfen, habe die Expertenkommission eingehend beschäftigt; schließlich habe man sich mit Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse entschlossen, sie in ihrem

Digitized by Google

Bestand als juristische Personen ohne weitere Förmlichkeit anzuerkennen.

Vorsitzender bestätigt diese Lösung als die seines Erachtens richtige.

Dritter Abschnitt.

Familienrecht.

Neuhaus erblickt im 2. Satz des 2. Absatzes von § 35 einen Eingriff in den Grundsatz von der Trennung der Gewalten: es könne nicht zugegeben werden, daß Gerichte im Bevogtungsprozeß Verwaltungsbehörden kostenfällig erklären, weil böser Wille vorliege; das sei eine Frage, die disziplinarer Natur und der Cognition der Gerichte entzogen sei.

Vorsitzender erinnert daran, § 35, Abs. 2, sei wörtlich geltendes Recht und spricht für dessen Beibehaltung. Um die Anwendung der Bestimmung zu garantieren, empfehle es sich, eine Vorschrift anzufügen, wonach auch bei Ablehnung des Bevogtungsantrages der Bevogtungsbeklagte sollte verlangen können, daß die Sache dem Appellhof vorgelegt werde.

Referent erklärt, s. E. ließe sich die Bestimmung entbehren: es handle sich in der Tat um eine Disziplinarfrage; allein es habe sich empfohlen, wie bisher die Frage bei Anlaß des Bevogtungsprozesses gleich zu entscheiden. Die Anregung des Vorsitzenden erscheine nicht als notwendig, da der Bürger für solche Fälle durch die Verantwortlichkeitsbestimmungen gedeckt sei.

Vorsitzender erwidert, ohne seinen Zusatz erhalte man je nach Umständen einen zweiten Prozeß vor den Administrativbehörden.

Schorrer erinnert an den Streichungsantrag, den er mit Bezug auf die Bestimmung in Satz 2 in der Expertenkommission gestellt habe und den er auch hier empfehle.

Vorsitzender stellt hiegegen fest, daß wenn man den zweiten Satz des Artikels streiche, dann nur der Grundsatz übrig bleibe, daß der Bevormundete die Kosten in allen Fällen zu tragen habe. Es wäre vorzuziehen, die Frage ins freie Ermessen des Richters zu stellen.

Brüstlein protestiert gegen die Beibehaltung des bisherigen Systems in § 35; mit diesem System müsse man abbrechen; der Staat solle jedesmal, wenn er unterliege, die Kosten zu tragen haben.

Digitized by Google

Vorsitzender gibt zu bedenken, daß oft auch in solchen Fällen, wo der Bevogtungsantrag abgewiesen werde, die Vornahme der Untersuchung doch im wesentlichen Interesse des Bevogtungsbeklagten gelegen haben könne. Außerdem sei es übel angebracht, wenn man durch die Kostengefahr die Vormundschaftsbehörden noch ängstlicher mache.

Zu § 23 bemerkt er, es sollten mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Städte statt einer besondern Vormundschaftskommission deren mehrere vorgesehen werden.

Zu § 25, i. f., beantragt er, die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde für die Aufhebung der Beistandschaft nach Z. G. B. 439, Abs. 3, auszuschließen.

Referent verweist darauf, daß der Fall eines Beistandes doch nicht gleichwertig sei mit dem einer eigentlichen Bevormundung und daß man sich auch für dessen Abberufung mit geringern Formalitäten begnügen könne: ein gerichtliches Verfahren erscheine dafür nicht als geboten.

Anschließend hieran betont Referent die Wichtigkeit der Heimstättenfrage und regt an, es sei die Diskussion darauf hinzulenken.

Vorsitzender bezweifelt, daß das Institut häufige Anwendung finden werde.

Vierter Abschnitt.
Erbrecht.

Referent stellt die Aenderung fest, die in § 62 enthalten sei: im Gegensatz zum geltenden Recht erfolge die Zuweisung des Heergerätes und der Gerade nur noch auf Anrechnung.

Vorsitzender befürwortet Streichung der Worte „auf Anrechnung". Der Schatzungswert solcher Gegenstände sei äußerst relativ und schwer zu bestimmen, umso mehr, da vorwiegend Affektionswerte vorlägen.

Jahn ersucht um Aufklärung über das Verhältnis von § 63 zu 620 Z. G. B.: ob der Jüngere sein Vorrecht behalte, wenn ein älterer Tauglicherer da sei?

Referent antwortet unter Hinweis auf seinen Vortrag: die bundesrechtliche Regel von der bessern Eignung gehe vor; bloß wenn zwei gleich Geeignete da sind, könne dem Jüngern nach kantonalem Recht der Vorrang gewährt werden.

Vorsitzender regt an, außer Z. G. B. 620 in § 63 auch Z. G. B. 621 als anwendbar zu zitieren.

Schorrer befürwortet, es sei zu Handen der weitern vorberatenden und der gesetzgebenden Behörden die Frage

Digitized by Google

zu erörtern, ob nicht § 50 dahin abgeändert werden sollte, daß der Pflichtteilsanspruch der Geschwister kantonalrechtlich anerkannt würde. Der Pflichtteilsanspruch hänge systematisch mit der Unterstützungspflicht zusammen, die sich ebenfalls auf die Geschwister ausdehne. Außerdem werde doppeltes Recht geschaffen, wenn der außerhalb des Kantons verstorbene Berner anders behandelt würde, als der im Kanton gestorbene und der Kantonsfremde anders als der Kantonsangehörige.

Vorsitzender warnt davor, die Verfügungsfreiheit noch weiter einzuschränken und empfiehlt Beibehaltung des Entw. aus legislaturpolitischen Rücksichten.

Jahn erklärt, er bedaure immer und so auch hier, wenn ein eidgenössischer Gedanke nicht zur Verwirklichung gelange. Rücksichten auf die Kantone seien im Z. G. B. schon überreichlich genommen worden und es sei für den Kanton Bern schlecht angebracht, die Buntscheckigkeit des schweizerischen Rechts noch zu vermehren.

Referent erinnert an die vielfachen Beratungen, denen diese Frage bei der Ausarbeitung des Z. G. B. unterzogen worden sei. Nach reiflicher Erwägung sei man bei der gewählten Regelung stehen geblieben, und zwar wesentlich aus der Besorgnis, daß straffere Vereinheitlichung dem Gesetzeswerk Gefahr bringen könnte. Er empfiehlt, am bisherigen Rechte festzuhalten; dies umso mehr, als auch bei andrer Ordnung für den Kanton Bern auf dem schweizerischen Rechtsgebiet die Rechtseinheit doch nicht erzielt würde. Die Analogie mit der Unterstützungspflicht treffe praktisch nicht zu, da die Fälle, wo die Unterstützungspflicht wirksam werde, gerade die seien, wo es sich nicht um Erbfolgefragen handeln könne.

Fünfter Abschnitt.

Sachenrecht.

Pfister frägt zu § 68, ob hier nicht Vorrichtungen *an* der Grenze, eher als *auf* der Grenze, gemeint seien; handelte es sich um Vorrichtungen auf der Grenze, so wäre die Vorschrift selbstverständlich, da solche Vorrichtungen dann im Miteigentum stünden. Meine man aber wirklich Vorrichtungen an der Grenze, so finde er, dies sollte deutlicher ausgesprochen werden.

Sodann sollte klar gestellt werden, wie weit sich der Vorbehalt des öffentlichen Rechts in Absatz 3 von § 68

Digitized by Google

erstrecke: ob nur Vorschriften vorbehalten würden, die weiter gingen, als § 68, oder überhaupt alle davon abweichenden Vorschriften?

Ebenso bestehe eine Unklarheit in lit. *c)*: hier sei unklar, ob die Distanz zu messen sei von Stamm zu Stamm, oder von Kronenumfang zu Kronenumfang.

Er fragt sich aber überhaupt, ob solche Bestimmungen aufzunehmen seien, und erinnert vorab daran, daß man bisher ohne solche ausgekommen sei. Jedenfalls könnten die Vorschriften von Art. 687 u. ff. Z.G.B. genügen. In § 68 seien sowohl die Baubeschränkungen, als auch die Vorschriften wegen der Pflanzenabstände außerordentlich weitgehend und würden aller Voraussicht nach auf starken Widerstand stoßen. Zum Allermindesten müßte ein Vorbehalt für die Hecken und ähnlichen Anlagen angebracht werden, die längs öffentlicher Straßen stehen, da sonst das nutzbare Eigentum, namentlich in städtischen Außenquartieren, weit über Gebühr eingeschränkt würde.

Vorsitzender hält die Aufnahme von Bestimmungen im Sinne des Entwurfs für empfehlenswert, findet aber die hier gewählte Regelung viel zu weit gehend, namentlich für städtische Verhältnisse. Dagegen sollte einerseits das sogen. Alignementsgesetz und anderseits die Baureglemente der Gemeinden ausdrücklich vorbehalten werden; der allgemeine Vorbehalt öffentlichen Rechts genüge nicht, denn die Gemeindebaureglemente enthielten vielfach privates Nachbarrecht. Ihnen gegenüber sollte sich das Gesetz mit subsidiärer Geltung begnügen.

Huber stellt fest, die hier gewählte Ordnung beruhe außer den vom Referenten in seinem Vortrag genannten Erwägungen namentlich auch auf dem Wunsch, einheitliches Recht für den ganzen Kanton zu schaffen; da der c. civ. eingehende privatrechtliche Vorschriften über Nachbarrecht enthalte, so sei auch das Einführungsgesetz genötigt gewesen, etwas ausführlicher zu werden. Was den Vorbehalt des Gesetzes von 1894 und der Gemeindereglemente betreffe, so sei der vom Vorsitzenden postulierte Vorbehalt gerade im dritten Absatz von lit. *b)* enthalten; wenn man darüber im Zweifel sein könne, so wäre die Fassung noch zu verdeutlichen.

Rollier vermißt eine Vorschrift über Brandmauern; Baureglemente, die die Frage regelten, bestünden nicht überall. Subsidiär sei zu bestimmen, daß wo die Baureglc-

Digitized by Google

mente nichts vorsehen, die Einwilligung des Nachbarn erforderlich sei mit Vorbehalt der Anrufung dez Richters gegen chikanöse Verweigerung.

Hier wird die Diskussion abgebrochen. Die Versammlung beschließt, sie wieder aufzunehmen in einer besondern Tagung, die vor Neujahr an einem Nachmittag durch den Vorstand einzuberufen ist. [1])

Die Versammlung wird um 12 Uhr 30 Min. geschlossen.

Bern, den 27. Oktober 1908.

Der Protokollführer: **F. Zeerleder.**

Rechtsprechung.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

83. Lebensversicherung. Unwahre Angaben im Versicherungsvertrag. Schliesst die Kenntnis des Agenten die darauf sich gründende Ungültigkeitseinrede der Versicherungsgesellschaft aus.

Der Versicherungsnehmer hatte in seinem schriftlichen Antrag über erhebliche Tatsachen unwahre Angaben gemacht. Die Versicherungsgesellschaft verweigerte deshalb die Auszahlung der Versicherungssumme. Die Klägerin (Witwe des Versicherungsnehmers) replizierte u. a., der Agent, mit dem der Versicherungsnehmer unterhandelt hatte, habe die Unrichtigkeit der Angaben gekannt. Das Bundesgericht verwarf diese Replik: ... „Dagegen beurteilt sich die hier strei„tige Frage, ob die Kenntnis des Agenten derjenigen des „Versicherers gleichstehe, nach der Vollmacht des Agenten. „Im vorliegenden Falle sind die Agenten Denner weder als „bloße Makler anzusehen, die die Parteien bloß zusammen„zuführen hatten, noch als zum Vertragsabschluß selbst, als „Stellvertreter der Beklagten, bevollmächtigte Agenten. Bei „Beurteilung der Vollmacht der Agenten ist darauf abzu„stellen, wie der Agent nach außen auftritt, und es darf „der in Art. 34 Vers. Ges. enthaltene Satz, wonach für die „Vollmacht maßgebend ist, was die Verrichtungen von „Agenten gewöhnlich mit sich bringen, schon als Satz des

[1]) Samstag den 28. November, 2 Uhr, im Café Merz in Bern.

Digitized by Google

„geltenden Rechtes bezeichnet werden. (Vgl. auch Sammlg. „des Vers.-Amtes Nr. 224 ff.). Es ist daher Sache des Ver„sicherungsnehmers, der die Kenntnis des Versicherers zu „beweisen hat, nachzuweisen, daß Erklärungen, wie die vor„liegende, gewöhnlich mündlich einem Agenten gegenüber „abgegeben zu werden pflegen. Ein solcher Beweis ist nun „aber nicht geleistet. Gegenteils ergibt sich aus der Vor„legung eines Formulars mit Aufforderung zur Unterschrift, „daß der Versicherer eine schriftliche Erklärung des Ver„sicherungsnehmers selbst erhalten will; ganz besonders „kann nicht anerkannt werden, daß der Agent bevollmäch„tigt sei, Erklärungen entgegenzunehmen, die den dem ge„druckten Normalfall entgegengesetzten Inhalt haben. (Vgl. „*Ehrenberg*, Vers. R. I, S. 238). Die Kenntnis des Agenten „kann daher dem Versicherer in diesem Falle nicht zuge„rechnet werden..."

Urteil vom 19. September 1908 in Sachen „Urbaine" c. Zuberbühler.

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1908.

Referenten: Obergerichtsschreiber *Hugo Mosimann*, Fürsprecher, und Oberrichter *Folletête*.

---

54. Unterziehung des Beklagten in der Hauptsache, Urteil über die Kosten, Forumsverschluss.
§§ 321, 337, 320 C. P.

Grunau ca. Heitz.
4. Februar 1908 (I. Abt.).

Mittelst Kundmachung vom 2./4. November 1907 lud Bruno Heitz, Privatier in Mülheim an der Ruhr, den Gustav Grunau, Buchdrucker, und den Ernst Gloor, Angestellten, beide in Bern, in die Civilaudienz des Gerichtspräsidenten II von Bern zur Verhandlung und Beurteilung folgender

Rechtsbegehren:

„1. Es sei gerichtlich zu erkennen, daß die Eigen„tumsansprache des Beklagten, die angeblich laut Vertrag „vom Mai 1907 erfolgte Abtretung von 5 % Bruttoein-

Digitized by Google

„nahmen des Theaterdirektors Fischer zu Gunsten der beiden „Beklagten Dr. Grunau und Gloor rechtlich unbegründet „und als ungültig zu erklären sei.

„2. Es sei der Betrag dieser 5 % Bruttoeinnahmen, die „Theaterdirektor Fischer aus den Einnahmen des Apollo-„theaters zu beziehen hat, zur bevorzugten Deckung des „Klägers Bruno Heitz und Dr. Jung zu verwenden.

„Dieses Rechtsbegehren nach Kostenfolge."

Nachdem die Beklagten im ersten Termin Verschiebung der Verhandlung und Gewährung eines neuen Termins zur Anbringung der Verteidigung verlangt hatten, welchem Begehren vom Richter entsprochen wurde, gaben sie in der folgenden Verhandlung folgende Erklärung zu Protokoll:

„Die Beklagten haben an den 5 % der Bruttoeinnahmen „des Apollotheaters, welche Fischer vertraglich zugesichert „sein sollen, *nie ein Recht* irgend welcher Art *beansprucht*, „sie wurden auch weder vor, noch während, noch nach der „Pfändung dieser 5 % gefragt, ob sie ein Recht darauf be-„anspruchten, insbesondere ein solches aus einer Abtretung.

„Es hat somit zwischen den Parteien über die klägerischen „Ansprüche nie Streit geherrscht, und es stehen deshalb die „Beklagten nicht an, heute zu erklären, daß sie keine Ver-„anlassung haben, sich den klägerischen Rechtsbegehren, die „Hauptsache betreffend, zu widersetzen. Dieser Erklärung „widersprechen die Verurkundungen auf der hinter dem „Kläger liegenden Pfändungsurkunde nicht. Es geht aus „derselben vielmehr hervor, daß es der Schuldner des Klä-„gers war, welcher das Betreibungsamt und den Kläger in „den Glauben versetzte, es stehen den Beklagten gewisse „Rechte auf die in Frage stehenden 5 % zu, was, wie ge-„sagt, nicht der Fall ist.

„Die Kosten anlangend, stellen die Beklagten zunächst „fest, daß nur dann ein Civilprozeß denkbar ist, wenn zwei „Parteien sich um einen Civilanspruch streiten. In casu „wird nun aber bestritten, daß je ein Streit geherrscht habe „zwischen Heitz einerseits und Dr. Grunau und Gloor an-„derseits, es kann deshalb Heitz nicht obsiegen, so wenig als „Dr. Grunau und Gloor unterliegen können, soweit die Haupt-„sache in Frage steht. Eine Verurteilung der Herren Dr. „Grunau und Gloor zu Kosten in Anwendung von § 47 C. P. „ist damit ausgeschlossen. Wenn, wie es tatsächlich der Fall „ist, Heitz einen Kostenschluß gestellt hat, so folgt aus dem „Gesagten, daß er mit diesem Kostenschluß unterliegt, er

Digitized by Google

„muß daher, wenn die Beklagten es verlangen, gemäß „§ 47 C. P. zu den Kosten derselben verurteilt werden.

„Gestützt auf das Angebrachte wird deshalb gestellt das

„Begehren:

„Der Kläger sei mit seinem Kostenschluß abzuweisen „unter Kostenfolge."

Daraufhin stellte der Kläger die

Begehren:

„1. Von der Erklärung der Beklagten sei gerichtlich „Akt zu nehmen;

„2. Diese Erklärung sei als Abstandserklärung auszu„legen;

„3. Das Begehren der Beklagten bezüglich der Kosten „sei abzuweisen und die Kosten des gegenwärtigen Prozesses „seien den Beklagten solidarisch aufzuerlegen."

Der Richter

„verfügte:

„Von der Erklärung der Beklagten wird Akt genom„men. Dieselbe wird ausgelegt als Abstandserklärung und „dem Kläger in diesem Sinne hievon Akt gegeben."

Nach Eröffnung dieser Verfügung bestimmte er „nach Einreichung eines Kostenverzeichnisses in der Höhe von Fr. 306. 25 durch den klägerischen Anwalt die von den Beklagten dem Kläger gemäß § 321 P. zu bezahlenden Prozeßkosten" auf Fr. 130.—.

Das wurde den Parteien eröffnet, worauf der Anwalt der Beklagten „in dieser Sache" sofort die Appellation erklärte.

Entscheidungsgründe:

Nach der von den Beklagten im Termin vom 10. Januar 1908 abgegebenen Erklärung lag im vorliegenden Falle die Sache so, daß über den eigentlichen Prozeßgegenstand zwischen den Parteien kein Streit mehr herrschte, daß dagegen die *Kostenpflicht* noch Gegenstand des Streites bildete. Damit ist ohne weiteres gesagt, daß die Erklärung der Beklagten weder ein Abstand war, noch vom Richter „als Abstand ausgelegt" werden konnte. Es handelte sich danach auch keineswegs um eine „Festsetzung" der Kosten gemäß § 321 C. P.; denn diese Prozeßbestimmung setzt die *grundsätzliche Anerkennung der Kostenpflicht* seitens der Partei voraus und hat nur die Festsetzung des Kosten*betrages* im

Digitized by Google

Auge. Vielmehr konnte dem Kostenurteil nur die Bedeutung einer Entscheidung über die nunmehr zum *alleinigen* Streitgegenstand gewordene Frage, wer die Kosten zu tragen habe, und daneben allerdings auch, in welchem Betrage die Kostenforderung der einen oder andern Partei begründet sei, zukommen. Das Urteil — dessen Existenz die Appellanten bei ihrer Appellation offenbar voraussetzten — wäre aber ein selbständiges Haupturteil, dessen Appellabilität nach den allgemeinen Regeln des § 337 C. P. zu entscheiden wäre.

Aus dem Gesagten folgt, daß auf die Appellation der Beklagten, sofern sie sich einzig gegen die Entscheidung des Richters über die Kosten und gegen diesen Entscheid als selbständiges Urteil richten will, nicht eingetreten werden kann, da die summa appellabilis nicht erreicht ist.

War dagegen die Meinung der Beklagten bei Abgabe der Appellationserklärung die, daß auch die Verfügung des Richters betreffend Auslegung ihrer Erklärung als Abstand durch die Appellation angegriffen werden solle, wobei die Kostensentenz einfach als Annex zu dieser Verfügung zu gelten hätte, so könnte wiederum auf die Appellation nicht eingetreten werden, indem die fragliche Verfügung zweifellos kein Urteil, sondern bloß eine prozeßleitende Verfügung darstellt (vgl. Mbl. f. bern. Rechtspr. XV, pag. 184; Ztschr. d. bern. Jur. Ver., Bd. 29, pag. 502), gegen welche das Rechtsmittel der Appellation nicht gegeben ist, womit denn auch die Nicht-Appellabilität des Kostenpunktes gemäß § 320, al. 3 C. P. festgestellt wäre.

55. Art. 240 L. P. Les administrateurs d'une faillite n'ont pas besoin d'être autorisés à cet effet par l'assemblée des créanciers pour représenter la masse en justice.

Léon Choulat contre Masse en faillite de J.-B. Hennemann.
4 février 1908 (1re Chambre).

Extrait des considérants:

2. La seule question à examiner est donc celle de savoir si une masse en faillite peut ester en justice par l'organe de ses administrateurs sans que ceux-ci se soient faits autoriser à pousuivre l'action par l'assemblée des créanciers. Cette question doit être résolue affirmativement, à l'instar du jugement dont est recours.

Aux termes de l'art. 240 L. P. l'administration est chargée des intérêts de la masse et pourvoit à sa liquidation.

Digitized by Google

Elle représente la masse en justice. De l'obligation de l'administration de procéder à la réalisation de l'actif découle le droit d'intenter les actions nécessaires à cet effet et on ne saurait, en l'absence d'un texte légal, faire dépendre l'exercice de ce droit d'une décision des créanciers ou d'une autorisation préalable de leur part.

La loi ne limite le droit de l'administraiion de plaider que dans deux cas: 1. lorsque l'assemblée de créanciers a adjoint à l'administration une commission de surveillance, elle peut lui conférer l'attribution d'autoriser l'administration à plaider (art. 237 ch. 3); 2. la première assemblée des créanciers peut prendre des résolutions d'urgence en ce qui concerne les procès pendants c.-à.d. engagés avant l'ouverture de la faillite par le failli ou contre lui. Dans ces deux cas exceptionnels, dont le demandeur en incident ne se prévaut d'ailleurs pas, on doit conclure qu'en règle générale l'administration n'a pas besoin d'une autorisation de la part de l'assemblée des créanciers pour plaider au nom de la masse. C'est d'ailleurs dans la nature des choses, car une liquidation rapide serait inconcevable si l'administration se trouvait dans l'obligation d'en référer à l'assemblée des créanciers chaque fois qu'un procès devrait être soutenu. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (cfr. Reichel, note 3 ad. art. 240 p. 362, Jæger p. 438; Revue mensuelle de jurisprudence bern. vol. XV p. 278; Rec. off. des arrêts du Tribunal fédéral, vol. 23 p. 1638). La Cour de céans s'était déjà prononcée dans le même sens sous l'empire de l'ancien code bernois de poursuites (Rev. mensuelle précitée, vol. XIII p. 50) et du code de commerce français (Zeitschrift des bern. Juristenvnreins, vol. III p. 27 et vol. 18 p. 211).

La demande incidente doit donc être repoussée comme mal fondée.

56. Haftung für Werkmängel: Wenn der Besteller das Werk nicht zurückweist, so ist die Lohnforderung des Unternehmers an sich begründet und stehen dem Besteller nur noch die in Art. 358, Al. 2 O. R. vorgesehenen Rechte zu. (Vgl. Hafner Art. 358 N. 3 *b*, B. G. E. Bd. 24², pag. 547 u. pag. 794, Bd. 29², pag. 703).

Bart ca. A.-G. Helvetia.
7. Februar 1908 (II. Abt.).

Digitized by Google

57. Eisenbahnhaftpflichtgesetz Art. 1: Begriff der „Hülfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist".

Walther ca. Burgdorf-Thun-Bahn
12. Februar 1908 (I. Abt.).*

Tatbestand:

Am 1. September 1905 führte der Kläger den in Burgdorf um 11^{02} mittags fälligen Zug der Beklagten von Thun nach Burgdorf. In Konolfingen, wo sich ein Depot der Bahngesellschaft mit Reparaturwerkstätte befindet, erhielt er vom Depotchef Rüegg durch Vermittlung des Werkstättearbeiters Gugger den Befehl, auf der Station Burgdorf die defekte Führerstandtüre eines dort auf dem Reservegeleise stehenden Automobilwagens auszuhängen und nach Konolfingen ins Depot zn verbringen.

In Ausführung dieses Auftrages begab sich der Kläger, der am Nachmittag des nämlichen Tages den um 1^{43} von Burgdorf wegfahrenden Zug zu führen hatte, nach der Mittagspause und nachdem er den genannten Zug bereitgestellt hatte, in Begleitung des Reserveführers Ingold zu dem fraglichen Automobilwagen, um die defekte Türe auszuhängen. Bei dieser Arbeit erlitt er einen Unfall, indem ihm ein eiserner Dorn, der, an einer Feder befestigt, zum Oeffnen der Türe dient, ins linke Auge sprang, was eine schwere Verletzung dieses Auges zur Folge hatte.

Dieser Unfall bildet den Gegenstand des zur Entscheidung stehenden Prozesses.

Aus den Entscheidungsgründen:

..... 6. Dem erstinstanzlichen Gericht ist zunächst in der Auffassung beizutreten, daß die klägerischen Ansprüche, soweit sie sich auf das *Obligationenrecht* (Art. 50 ff. und 62) stützen, im vorliegenden Verfahren nicht beurteilt werden können; denn das in casu eingeschlagene Spezialverfahren nach dem Gesetz betreffend das gerichtliche Verfahren in Streitigkeiten über Haftpflicht, sowie über geistiges und gewerbliches Eigentum vom 6. Juli 1890 ist nur zulässig für die Geltendmachung von Ansprüchen aus den genannten Spezialgesetzgebungen nicht aber von Ansprüchen aus dem Obligationenrechte; für letztere gilt mangels einer

* Das Urteil ist in seinen grundsätzlichen Erwägungen am 11. Sptember 1908 vom Bundesgericht bestätigt worden.

Digitized by Google

bezüglichen Spezialbestimmung in zwingender Weise das ordentliche Prozeßverfahren, und nur auf eine in *diesem* Verfahren angebrachte Klage aus Obligationenrecht könnte vom Gericht eingetreten werden.

Bei dieser Sachlage fällt denn eine Prüfung der von der Beklagten den obligationenrechtlichen Ansprüchen des Klägers entgegengestellten peremptorischen Verjährungseinrede ohne weiteres weg. Eine Beurteilung derselben in oberer Instanz wäre zudem auch aus einem anderen formalen Grunde unmöglich: es fehlt nämlich mit Bezug auf sie an einem erstinstanzlichen Urteil und nur was Gegenstand erstinstanzlicher Beurteilung war, kann in appellatorio von der oberen Instanz nachgeprüft werden.

Auf die peremtorische Einrede der Beklagten ist demnach nicht einzutreten.

7. Der Prüfung der *Hauptfrage* des vorliegenden Prozesses, ob man es mit einem Unfall nach Art. 4 des Ausdehnungsgesetzes vom 26. April 1887, oder mit einem solchen nach dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28. März 1905 zu tun habe, ist vorauszuschicken, daß — wie auch das erstinstanzliche Gericht unter ausführlicher Motivierung angenommen hat — in dem einen, wie in dem andern Falle das eingeschlagene Prozeßverfahren das richtige ist. Die Beklagte hat dies — für den Fall, daß ein Eisenbahnhaftpflichtunfall angenommen werden sollte — verneint, weil in dem schon genannten Gesetz vom 6. Juli 1890 unter den nach seinem besondern Verfahren zu behandelnden Rechtsstreitigkeiten, diejenigen aus dem anzuwendenden Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28. März 1905 nicht aufgeführt seien; sie beantragt demgemäß, dem Kläger sei im vorliegenden Verfahren das Forum von Amtes wegen zu verschließen.

Dem ist zu entgegnen: Allerdings führt das bernische Gesetz vom 6. Juli 1890 die nach seinem besonderen Verfahren zu beurteilenden Streitigkeiten *nach den einzelnen Bundesgesetzen* spezifiziert auf und nennt dabei die Prozesse aus dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 1. Juli 1875, natürlich aber nicht diejenigen aus dem neuen Gesetz vom 28. März 1905. Allein wie sich aus dem allgemeinen Titel des Gesetzes und sodann speziell auch aus seinem zweiten Untertitel ergibt, die beide ganz allgemein von Haftpflichtstreitigkeiten sprechen, wie weiterhin nach dem Zweck des Gesetzes ohne weiteres klar ist, wollte das Gesetz nicht nur die Rechtsstreitigkeiten aus den von ihm besonders genannten

Digitized by Google

Bundesgesetzen, sondern allgemein alle Streitigkeiten aus Haftpflicht überhaupt beschlagen, wobei allerdings die damals in dieser Materie erlassenen Gesetze aufgeführt wurden, allein nicht in dem Sinne einer abschließenden Aufzählung. Das Spezialverfahren dieses Gesetzes gilt also auch für Streitigkeiten aus dem neuen Eisenbahnhaftpflichtgesetz. Danach ist auf die materielle Behandlung des vorwürfigen Rechtsstreites einzutreten.

8. Der Kläger verlangt die Anwendung des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes auf den vorliegenden Unfall mit der Behauptung, der Unfall habe sich beim Bahnbetrieb, bezw. bei einer *Hülfsarbeit* zugetragen, *mit der die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden* gewesen sei. (Art. 1 leg. cit.). Es ist zu prüfen, ob dieser Standpunkt nach den tätsächlichen Verumständungen des Vorfalles, wie sie sich aus der Beweisführung ergeben, begründet ist.

(Das Beweisergebnis wird nun einer eingehenden Würdigung unterzogen.)

. . . . . .

Auf Grund des bisher Festgestellten ist nunmehr zu untersuchen, ob Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes vom 28. März 1905 auf den vorliegenden Fall zur Anwendung kommen kann oder nicht. Vergleicht man den Inhalt dieser Gesetzesbestimmung mit den Vorschriften der Art. 1 und 2 des alten Eisenbahnhaftpflichtgesetzes vom 1. Juli 1875, so ergibt sich ohne weiteres, daß das neue Gesetz gegenüber dem alten eine Erweiterung der Haftpflichtfälle herbeiführen will. Dies geht zunächst daraus hervor, daß dem Haftpflichtkläger für Unfälle beim *Bau* von Eisenbahnen der Verschuldensnachweis erlassen wird und sodann daraus, daß auch diejenigen *Hülfsarbeiten* in den Kreis der Eisenbahnhaftpflichtfälle einbezogen werden, „mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist.“ Allerdings hat die Praxis schon auf Grund des früheren Gesetzes alle diejenigen Tätigkeiten der Eisenbahnhaftpflicht unterstellt, die mit der besonderen Gefahr des Betriebes in der Weise im Zusammenhang stehen, daß ihre Vornahme durch den eigentlichen Bahnbetrieb beeinflußt und dadurch besonders gefährdet wird; das neue Gesetz hat also nur zum Ausdruck gebracht, was die Praxis bereits anerkannte. So kann denn zur Umgrenzung des Begriffs der mit den besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes verbundenen

Digitized by Google

Hülfsarbeiten olme weiteres die bisherige Rechtssprechung des Bundesgerichtes beigezogen werden.

Als besondere Betriebsgefahr wurde nun in dieser Praxis stets die *Eile* betrachtet, die der Eisenbahnbetrieb seiner Natur nach mit sich bringt und die sich eben auch auf die Ausführung von Hülfsarbeiten übertragen kann. Das kam unter u. a. zum Ausdruck in den Entscheiden des Bundesgerichts Bd. XVI, pag. 124; Bd. XIX, pag. 793 ff.; Bd. XXI, pag. 432 ff.; Bd. XXVII², pag. 374 (vgl. auch Journ. des trib. 1904, pag. 396; Seuff. Arch., Bd. 58, pag. 10/11).

In all diesen zitierten Fällen wurde festgestellt, daß einer Arbeit, die an und für sich nicht zum Eisenbahn*betrieb* gehört, die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes doch anhaftet, wenn sie *aus Rücksicht auf den Schienenbetrieb mit besonderer Eile* vorgenommen werden mußte und der Unfall die Folge dieser Eile war, oder wenn, m. a. W., der Eisenbahnbetrieb im technischen Sinn die Art und Weise der Vornahme der fraglichen Arbeit *mit Bezug auf Eile und Gefährlichkeit* beeinflußte und daraus sich der Unfall ergab. Danach wurde dann in solchen Fällen ein *Betriebs*unfall angenommen. Heute sind derartige Fälle als Unfälle bei „Hülfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist", im Eisenbahnhaftpflichtgesetz besonders vorgesehen.

Prüft man nun den vorliegenden Fall nach dieser Richtung, so kann einmal nicht zweifelhaft sein, daß man es an sich mit einer Hülfsarbeit beim Eisenbahnbetriebe zu tun hat; andererseits aber kann nach dem, was festgestellt worden ist, auch nicht geleugnet werden, daß diese Hülfsarbeit mit Rücksicht auf den Eisenbahnbetrieb besonders hastig ausgeführt wurde, daß aus dieser Hast der Ausführung offenbar sich der Unfall ergab und daß danach von einer besonderen, mit ihr verbundenen Eisenbahnbetriebsgefahr gesprochen werden kann. Denn es steht fest, daß der Kläger zur Zeit, als er die Arbeit, die den Unfall herbeiführte, vornahm, *seinen Dienst im eigentlichen Bahnbetriebe angetreten* hatte und daß ihm *mit Rücksicht auf diesen Betrieb* nur eine ganz bestimmte, kurz bemessene Zeit für die Ausführung der Arbeit zur Verfügung stand, daß aber die Arbeit nach dem erhaltenen Auftrag nicht verschoben werden durfte und deshalb nach den obwaltendnn Umständen gerade während jenes kurz bemessenen Zeitraumes ausge-

Digitized by Google

führt werden mußte. Danach kann schon auf Grund der objektiven Verumständungen nicht in Abrede gestellt werden, daß eine gewisse Eile geboten war und zwar mit Rücksicht auf den Eisenbahnbetrieb, d. h. die Abfahrt des vom Kläger zu führenden Zuges, geboten war. Dazu tritt nun auch das subjektive Moment, daß die beiden mit der Vornahme der Arbeit betrauten Bahnangestellten sich der Notwendigkeit der Eile bewußt waren und danach offenbar mit Hast handelten. Das erhält in der Deposition des Zeugen Ingold seinen treffenden Ausdruck, wenn er sagt: „Mich beherrschte nur der Gedanke, zu machen, daß die Türe auf Zug 59 verbracht werden könne", und wenn er weiterhin (ad. Art. 13) ausführt, daß er die verhängnisvollen Hammerschläge, die das Vorspringen der Feder verursachten, mit Rücksicht auf die gebotene Eile geführt habe. Der Unfall war also die Folge der Hast; die Arbeit gestaltete sich durch das Gebot der Eile, das im Eisenbahnbetrieb seinen Grund hatte, zu einer wesentlich anderen und gefährlicheren (vgl. auch die Depositionen des technischen Experten), so daß begründetermaßen gesagt werden kann, es sei mit ihr eine besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden gewesen.

58. Art. 64 u. 76 O. R.: Verletzung einer dem Beklagten kraft öffentlichen Rechtes obliegenden Pflicht.

Umfang des durch die Art. 50 ff. O. R. gewährten Rechtsschutzes: Die Art. 50 ff. O. R. beziehen sich nur auf Verletzungen eines allgemeinen Rechtsgebotes und regelmässig nur auf die Verletzung absoluter Rechte.

Es fehlt im bernischen Recht an einer Gesetzesbestimmung betr. die Verantwortlichkeit von Gemeindebeamten für den aus der Nichterfüllung ihrer Pflichten entstehenden Schaden.

Keller ca. Gfeller.

18. Februar 1908 (I. Abt).

Tatsachen:

1. Der Kläger Otto Keller, Inhaber einer Liegenschaftsvermittlungsagentur in Bern, war im Jahre 1905 von Gutsbesitzer Feller in Bümpliz mit dem Verkaufe von 3 in der Gemeinde Bümpliz gelegenen Landparzellen beauftragt worden, gegen Zusicherung einer Provision von 2 % des Kaufpreises. Er fand zwei Reflektanten, den Notar Kaiser in Bern und den Baumeister Oskar Kästli in Münchenbuchsee, die

Digitized by Google

gemeinsam auf Kaufsverhandlungen eintraten. Sie offerierten für das Land, das aus 2 ausgemarchten Parzellen und dem durch Pfähle abgesteckten Teil einer dritten Parzelle bestand, einen Preis von Fr. 150,000.—; die Verschreibung des Kaufvertrages sollte durch Notar Reinhard, der auf dem Bureau des Notars Kaiser tätig war, noch vor der auf den 19. Juli 1905 angesetzten Hochzeit Kaiser's stattfinden.

2. Am 14. Juli 1905 verlangte nun der Kläger Otto Keller bei dem Gemeindeschreiber und Katasterführer Niklaus Gfeller in Bümpliz, dem heutigen Beklagten, Katasterauszüge für die 3 genannten Parzellen, also für die zwei ausgemarchten und nummerierten und für die neu zu schaffende, bloß provisorisch abgeteilte Parzelle, wobei er mitteilte, daß er einen Kauf um die 3 Terrainstücke vermittelt habe. Am 15. Juli sprach Notar Reinhard, in Abwesenheit des Beklagten, auf der Gemeindeschreiberei Bümpliz vor und erneuerte das gestellte Begehren, unter Bezahlung eines Betrages von Fr. 2.50 für die Kosten der Auszüge. Später reklamierte noch ein Angestellter des Notars Kaiser die bestellten Auszüge. Als die Herausgabe nicht erfolgte, verfügte sich der Kläger Keller persönlich noch einmal nach Bümpliz, traf den Beklagten dort aber nicht an; er setzte sich daraufhin mit dem Beklagten, der in Bern war, telephonisch in Verbindung und wiederholte noch einmal sein Begehren um Ausfertigung und Herausgabe der Auszüge. Allein der Beklagte schlug ihm das Begehren ab.

Als sich in der Folge nun die Verhandlungen über den projektierten Kauf zerschlugen, führte Otto Keller beim Regierungsstatthalteramt II in Bern gegen Gemeindeschreiber Gfeller Beschwerde, indem er beantragte:

„1. Es sei Notar und Gemeindeschreiber Gfeller in Bümpliz zur Verantwortung zu ziehen und angemessen zu bestrafen.

„2. Gfeller sei zur Rückerstattung der bezahlten Gebühren zu verhalten.

„3. Es sei Gfeller zum vollständigen Schadensersatz und zur Bezahlung der entstandenen Kosten zu verurteilen, bezw. es seien dem Impetranten alle Schadensersatzansprüche vorzubehalten".

Der Regierungsstatthalter wies den Beschwerdeführer ab, worauf dieser an den Regierungsrat rekurrierte. Diese Behörde erkannte unter dem 26. Juni 1906:

Digitized by Google

„1. Der Entscheid des Regierungsstatthalters II von „Bern vom 7. Oktober 1905 wird kassiert.

„2. Gemeindeschreiber Gfeller hat sich einer Pflicht- „verletzung schuldig gemacht, und es wird ihm dafür ein „Verweis erteilt.

„3. Gfeller wird verurteilt

„*a*) zu Fr. 20.— Interventionskosten an den Beschwerdeführer;

„*b*) zu den Kosten erster Instanz im Betrage von Fr. 6.—;

„*c*) zu den Kosten der Staatskanzlei von Fr. 20.— ".

In seinen Erwägungen zu diesem Entscheide führt der Regierungsrat aus, nachdem er die Legitimation des Beschwerdeführers zu dem Begehren um Herausgabe der Katasterauszüge, und damit zur Beschwerdeführung, bejaht hat: Es sei zunächst klar, daß Gfeller verpflichtet gewesen sei, die Auszüge betr. die beiden *vermarchten* Parzellen auszufolgen. Allein auch hinsichtlich der dritten, unvermarchten Parzelle habe sich Gfeller mit seiner Weigerung im Unrecht befunden; er hätte einen Auszug über die *Mutter*parzelle liefern sollen. Die Frage zu prüfen, ob zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Gfeller und dem vom Beschwerdeführer behaupteten Schaden ein Kausalzusammenhang bestehe und ob Gfeller für den Schaden verantwortlich erklärt werden müsse, sei Sache der Gerichte.—

Soweit sind die Parteien einig.

3. In seiner heute zu beurteilenden Klage nun verlangt Otto Keller vom Beklagten Niklaus Gfeller Ersatz des Schadens, der ihm durch das schuldhafte Verhalten des Beklagten in dieser Sache zugefügt worden sei; dieser Schaden soll darin bestehen, daß dem Kläger eine seitens des Verkäufers Feller zugesicherte Provision in der Höhe von Fr. 3000.— entging (Art. 13).

Zur näheren Begründung seiner Klage führt Keller aus: Die von ihm zusammengeführten Parteien seien über den Kaufsabschluß einig, das Stadium der Punktationen sei vorüber gewesen. Namentlich habe sich der Verkäufer, Herr Feller, mit den Bedingungen, wie sie Notar Reinhard redigierte, einverstanden erklärt; andererseits seien aber auch die Käufer, Notar Kaiser und Baumeister Kästli, mit den Bestimmungen des Kaufskonzeptes einig gegangen. In dem Konzept hätten nur noch die Bezeichnung der Flur, die Umschreibung des Inhalts der einzelnen Parzellen und die Be-

Digitized by Google

zeichnung der Anstösser gefehlt. Man sei auch allseitig übereingekommen, sogleich nach dem Einlangen der nötigen Katasterangaben die amtsnotarialische Verschreibung vorzunehmen. Da die von Gfeller verlangten Auszüge aber, trotz wiederholter und dringender Reklamationen, bis zur Abreise des Notars Kaiser nicht eingetroffen seien, so habe die Verschreibung unterbleiben müssen. Während der Abwesenheit des Notars Kaiser sei dann der zweite Käufer, Baumeister Kästli, andern Sinnes geworden, so daß sich die Kaufsverhandlungen endgültig zerschlagen hätten.

Gfeller habe diesen Bruch der Verhandlungen bezweckt; es habe ihn nämlich geärgert, daß nicht *er* den Auftrag zur Verkaufsvermittlung erhalten habe, und noch mehr, daß nicht *er*, sondern ein Notar in Bern, den Kauf hätte verschreiben sollen. Sein Verhalten sei also ein doloses gewesen. Die Rechtswidrigkeit seines Handelns ergebe sich aus den Erwägungen, die der Regierungsrat seinem Entscheide zu Grunde gelegt habe. Bezüglich der noch nicht ausgemarchten Parzelle sei die Sachlage folgende gewesen: Das handändernde Teilstück, das in Zukunft eine neue Parzelle bilden und folglich eine neue Nummer erhalten werde, könne natürlich erst nach erfolgter Handänderung ausgemarcht werden; sobald es aber provisorich mit Pfählen abgesteckt und vom Geometer ausgemessen sei, könne der Katasterführer an Hand der Angaben des Geometers den Inhalt und die Grenze angeben; er wisse ferner auch, welche Nummer künftig die neue Parzelle erhalten werde. Der Katasterführer entspreche also dem Begehren des stipulierenden Notars um Ausfertigung eines Auszuges für ein derartiges Teilstück in der Weise, daß er einen Auszug liefere mit der künftigen Nummer der zu kreierenden Parzelle, unter Angabe des Eigentümers und der künftigen Anstößer. Das hätte in casu auch der Beklagte tun sollen.

4. Den Anbringen der Klage gegenüber führt die Verteidigung zunächst aus, daß von einem dolosen Verhalten des Beklagten nicht die Rede sein könne; aber auch ein sonstiges Verschulden treffe ihn nicht, denn er habe die bestellten Auszüge bis zur Vermarchung der abzutrennenden Teilparzelle nicht ausfertigen können; Auszüge betreffend die *Mutter*parzelle seien aber nicht verlangt worden.

Im Weiteren stellt der Beklagte aber das Vorliegen eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem angefochtenen Verhalten des Beklagten und einem für den Kläger

Digitized by Google

eingetretenen Schaden in Abrede, ja er bestreitet überhaupt, daß dem Kläger ein Schaden in der von ihm behaupteten Richtung entstanden sei und habe entstehen können. Zur Begründung dieses seines Standpunktes macht er folgendes geltend:

Die Verkaufsverhandlungen zwischen dem Verkäufer der fraglichen Grundstücke, Feller, und den Kaufsliebhabern, Kaiser und Kästli, seien nie so weit gediehen, daß Feller auf der vorhandenen Basis in eine Verschreibung eingewilligt hätte. Die Herren Kaiser und Kästli hätten nämlich dem Verkäufer einen Kaufpreis von Fr. 150,000.— offeriert, zugleich aber verlangt, einen Teil dieses Betrages — nämlich Fr. 50,000 — durch Abtretung von Titeln an Zahlungsstatt leisten zu dürfen. Feller habe hierauf erklärt, daß ihm die Annahme von Titeln keineswegs passe und daß er dieselben jedenfalls vorerst auf ihre Sicherheit müße prüfen lassen. Die Prüfung sei nun durch den Verwalter der Hypothekarkasse vorgenommen worden und ungünstig ausgefallen. Feller habe daraufhin von den Käufern für die Titelwerte unbedingte Garantie verlangt und der Vermittler Keller es übernommen, diese Bedingung den Käufern mitzuteilen. Eine Antwort sei aber dem Verkäufer nicht zugekommen. Notar Reinhard sei von Feller keineswegs mit der Stipulation beauftragt worden und Feller habe sich nie mit den Bedingungen des von Reinhard abgefaßten Konzepts einverstanden erklärt.

Wenn eine Einigung aber auch zustande gekommen sei, so stehe doch fest, daß das Nichtvorliegen der Katasterauszüge nie für eine Verschiebung der Verschreibung und für das Nichtzustandekommen des Vertrages habe kausal werden können; denn die Auszüge seien zur Verschreibung gar nicht nötig gewesen. Der Kläger habe daher keinesfalls durch das Verhalten des Beklagten einen Schaden erlitten.

Entscheidungsgründe:

1. Nach dem Beschwerdeentscheide des Regierungsrates vom 26 Juni 1906 war der Beklagte auf das Ansuchen des Klägers hin verpflichtet, diesem innert angemessener Frist Katasterauszüge über die *vermarchten Parzellen* zuzustellen; bezüglich der nicht vermarchten Parzellen bestand eine solche Pflicht nicht, wohl aber hätte — nach dem Entscheid — der Beklagte dem Kläger einen Auszug über die ganze *Mutterparzelle* liefern sollen.

Digitized by Google

Nun hat aber der Kläger nach seiner eigenen Behauptung (vgl. Art. 5 der Klage) ausdrücklich nicht nur für die ausgemarchten Parzellen, sondern auch für die nicht vermarchte, Auszüge verlangt, keineswegs aber ein Begehren um einen Auszug die *Mutter*parzelle betreffend gestellt. Dem Begehren des Klägers, so wie es gestellt war, konnte der Beklagte also mit Bezug auf die eine Parzelle — auch nach dem regierungsrätlichen Entscheid — nicht entsprechen. Er befand sich mithin — wenigstens was die eine Parzelle anbetrifft — formell im Recht, als er das Begehren des Klägers abschlug mit der Begründung, er könne die Auszüge nicht liefern, bis die Parzelle vermarcht sei. Daß der Beklagte von sich aus, ohne ein bezügliches Begehren, dem Kläger nicht einen Auszug über die Mutterparzelle zugestellt hat, kann ihm jedenfalls nicht zum Verschulden zugerechnet werden. Danach würde der Nachweis für ein fahrläßiges Handeln des Beklagten in der behaupteten Richtung — von einem dolus kann nach den Akten nicht die Rede sein — fehlen. An diesem Resultat ändert nichts der Umstand, daß der Beklagte offenbar zu Unrecht die Auszüge über die beiden vermarchten Parzellen hintanhielt; denn die ganze Situation blieb genau dieselbe, ob er nur den einen oder ob er alle Auszüge nicht lieferte.

Zudem ist nicht einzusehen, wieso das Fehlen der Auszüge die Perfektionierung des Kaufvertrages hätte verhindern sollen; war doch die Möglichkeit gegeben, ein bindendes Kaufsversprechen zu stipulieren, wozu es der Auszüge unter keinen Umständen bedurfte, und konnte man doch sogar den eigentlichen Vertrag an Hand von Notizen, die der Stipulator sich auf Grund des Katasters selbst anfertigen konnte, gültig verschreiben; es genügte, wenn die Katasterauszüge bei der Fertigung vorlagen.

Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem angefochtenen Verhalten des Beklagten und dem behaupteten Schaden des Klägers ist demnach — ganz abgesehen von der Frage, ob die Parteien wirklich in einem gewissen Moment über die wesentlichen Bedingungen des Kaufes einverstanden gewesen seien — unter keinen Umständen gegeben.

2. Ist nach dem Gesagten die Klage jedenfalls schon mangels tatsächlicher Fundierung abzuweisen, so führen andererseits auch rein rechtliche Erwägungen zum nämlichen Resultat.

Die Klage ist eine Schadenersatzklage, die sich beim Mangel eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Kläger und

Digitized by Google

dem Beklagten einzig auf die Art. 50 ff. O. R. oder aber auf kantonalrechtliche Bestimmungen stützen kann. Letztere sind vorbehalten in den Art. 64 und 76 O. R.

Art. 64 al. 1 O. R. bestimmt, daß über die Ersatzpflicht für Schaden „welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen" verursachen, der Bund — was hier außer Betracht fällt — oder die Kantone *abweichende* Bestimmungen *aufstellen können;* darin liegt zugleich, daß da, wo keine derartigen Bestimmungen kantonalen Rechts bestehen, das Obligationenrecht als subsidiäre Norm in die Lücke tritt. Allein auf den vorliegenden Fall kann Art. 64 O. R. überhaupt nicht zutreffen, weder nach seiner positiven, noch nach der negativen Seite hin, wenngleich ein Schadenersatzanspruch in Frage steht, der aus dem Verhalten eines öffentlichen Beamten in seiner amtlichen Stellung abgeleitet wird. Denn der Inhalt dieses Artikels und seine Stellung in der Reihe der Gesetzesbestimmungen über die unerlaubten Handlungen (Art. 50 ff.) zeigt deutlich, daß ihm nur Bedeutung zukommen soll für Rechtsverletzungen, wie sie überhaupt in diesem ganzen Gesetzesabschnitt als Grund von Schadenersatzverpflichtungen dargestellt sind. Das aber sind Verletzungen der *jedem* Menschen gegenüber seinem *Mitmenschen* obliegenden Pflichten (vgl. Schneider & Fick, Anm. 2 ad Art. 50), Eingriffe, wobei ein bestimmtes existierendes Rechtsgut des Mitmenschen durch eine — regelmäßig positive (vgl. Schneider & Fick, Anm. 14 ad Art. 50) — Handlung verletzt wird, durch ein Tun, das eine Widerhandlung gegen ein allgemeines Rechtsgebot bedeutet, d. h. ein Rechtsgebot, das allen Menschen ohne Rücksicht auf vertragliche oder amtliche Verpflichtungen auferlegt ist. Und zwar ist dabei noch die Einschränkung zu machen, daß das verletzte Recht in der Regel offenbar ein *absolutes* Recht sein muß, wenn ein Schadenersatzanspruch gemäß den Art. 50 ff. O. R. enstehen soll, daß also durch diese Gesetzesbestimmungen bloße „obligatorische und auf Vertrag beruhende Rechte" nicht geschützt sein sollen gegen Eingriffe Dritter (vgl. R. G. E., Bd. 57, Nr. 79); denn die Rechte des Gläubigers aus dem Vertrag sind nur Rechte gegen den Vertragsgegner und brauchen daher von einem Dritten regelmäßig nicht beachtet zu werden. Es wird deshalb z. B. ein Gläubiger nicht gestützt auf Art. 50 ff. O. R. gegen den Mörder seines Schuldners auf Schadenersatz klagen können, wenn durch den Tod des Schuldners seine Befriedigung unmöglich geworden ist; oder eine Versicherungs-

Digitized by Google

gesellschaft wird aus eigenem Recht, — also abgesehen von dem Fall der Subrogation, — nicht gegen den Dritten vorgehen können, der den Unfall eines bei ihr Versicherten verursacht und sie dadurch schädigt.

In casu nun steht offensichtlich keine Rechtsverletzung, wie sie derart in den Art. 50 ff. des Obligationenrechts zum Ausgange von Schadenersatzforderungen gemacht worden ist, in Frage. Denn das dem Beklagten zum Vorwurf gemachte Verhalten bedeutet keinesfalls eine Verletzung eines allgemeinen Rechtsgebotes, sondern höchstens eine Verletzung der dem Beklagten allein und speziell in seiner Stellung als Gemeindeschreiber obliegenden Pflichten. Auch wurde kein absolutes Recht des Klägers verletzt, sondern bloß — nach der Behauptung des Klägers — der Eintritt einer für die Entstehung eines *obligatorischen* Anspruchs notwendigen Bedingung verhindert.

Danach gehört der vorliegende Fall nicht in den Kreis derjenigen, auf die Art. 64 O. R. zutrifft, was für die Frage der Weiterziehbarkeit des Prozeßes an das Bundesgericht von Bedeutung ist.

Vielmehr schlägt, da es sich um die angebliche Verletzung einer dem Beklagten kraft *öffentlichen* Rechtes obliegenden Pflicht handelt, Art. 76 O. R. hier ein, d. h. das kantonale Recht macht für die Entscheidung des Rechtsstreites Regel. Allein im bernischen Recht fehlt es an einer Gesetzesbestimmung, nach welcher *Gemeinde*beamte — abgesehen von den Vormundschaftsbehörden (vgl. Satz. 209 und 210 C. G. B.) — für den Schaden, der aus der Nichterfüllung ihrer Pflichten entsteht, verantwortlich erklärt werden könnten; denn wie der urteilende Gerichtshof schon mehrfach erkannt hat (vgl. Ztschr. des bern. Jur. Ver., Bd. 41, pag. 153 und Bd. 43, pag. 250), findet das Gesetz vom 19. Mai 1851 über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten auf die *Gemeinde*beamten keine Anwendung.

Die Klage ist deshalb auch aus diesem Gesichtspunkte abzuweisen.

Digitized by Google

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

---

54. Art. 95 c. p. p. — Application en cas de délit ne se poursuivant que sur la plainte de la partie lésée. — Il suffit qu'une plainte ait été portée, à raison de la nouvelle infraction, pour que le juge puisse ordonner la jonction de celle-ci à une plainte précédente portée contre le même prévenu.

Chambre de police, arrêt du 25 janvier 1908, dans la cause Alcide Boillat.

Extrait des considérants:

„*b)* Le mandataire du prévenu voyait une autre cause de cassation dans le fait que le juge avait statué sur la seconde plainte, sans avoir été saisi par le préfet, conformément à la loi.

Les faits qui sont à la base de cette seconde plainte consistent dans les accusations que le prévenu a formulées contre le plaignant aux audiences des 17 et 28 juin 1907. A l'audience du 28 juin, le mandataire du plaignant déclara, en conformité de l'art. 95 c. p. p. étendre la plainte qu'il avait déjà déposée à ces nouvelles accusations. A l'audience du 31 juillet, le plaignant lui-même fit une déclaration identique et porta formellement plainte contre le prévenu pour calomnie, éventuellement diffamation, à raison des nouvelles accusations, et requit la condamnation à une peine pénale et au paiement d'une indemnité civile. C'est alors que le juge ordonna la jonction des deux plaintes. Le prévenu prétend que ce procédé n'est pas correct et que le plaignant devait adresser sa plainte au préfet, afin que celui-ci la transmette ensuite au juge. Ce n'est qu'après avoir été saisi de cette façon de la nouvelle plainte qu'il aurait pu ordonner la jonction de cette dernière à celle du 3 juin 1907.

Le juge a ordonné la jonction de ces deux plaintes, en vertu de l'art. 95 c. p. p. aux termes duquel il doit *d'office* ordonner une enquête sur les infractions qui parviennent à sa connaissance soit avant, soit pendant l'instruction. La jurisprudence donne à cette disposition une interprétation assez large; bien que l'art. 95 c. p. p. précité soit

Digitized by Google

édicté pour les affaires donnant lieu à une instruction, la Chambre de police a admis qu'il était également applicable aux cas de simple police, dans lesquels il n'y a pas d'instruction proprement dite. (Art. 89 al. 3 c. p. p. et art. 8 de la loi introductive du c. p.; Zeitschr. des bern. Jur. Vereins, vol. 37 p. 333; vol. 39 p. 580.) En chargeant le juge d'étendre *d'office* l'enquête aux infractions qui parviennent à sa connaissance avant ou pendant l'instruction, la loi n'entend pas, en cas de délit ne se poursuivant que sur plainte de la partie lésée, lui imposer cette obligation sans que le lésé ait préablement porté plainte, mais bien sans qu'il ait été saisi de cette plainte par les autorités compétentes (préfet, ministère public, chambre d'accusation) — Voir Monatsbl. für bern. Rechtspr. vol. 11 p. 143. — Il faut mais il suffit, comme au cas particulier, qu'une plainte ait été portée, à raison de la nouvelle infraction, pour que le juge puisse ordonner la jonction de celle-ci à une plainte précédente portée contre le même prévenu. Il n'est donc pas nécessaire que cette plainte ait d'abord été adressée au préfet, puis ensuite seulement transmise au juge. L'objection du prévenu quant à cette manière de procéder n'est dès lors pas fondée."

55. Widerhandlung gegen das B. G. betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden. — Es kommt einzig darauf an, ob der Handelsreisende mit den Kunden *in Verkehr tritt* und Bestellungen *aufsucht,* nicht aber darauf, ob er dabei auch wirklich Bestellungen erhält. (Vgl. Urteil des eidg. Kassationshofes vom 22. Oktober 1907 i. S. Hermes, B. E. XXXIII[1], 806).

Polizeikammer, i. S. Francesco Ducoli, vom 29. Januar 1908

56. Der in gesetzlicher Weise erfolgte *Rückzug der Appellation* schliesst einen definitiven Verzicht auf das eingelegte Rechtsmittel in sich und hat zur Folge, dass das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwächst. Ein nachträglicher *Widerruf des Rückzuges* hat demnach keine Wirkung. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Vallat, vom 24. Januar 1908, Zeitschrift XXXIX, 584.)

Polizeikammer, i. S. Gottfried Hoffmann u. Cons. wegen Mißhandlung, vom 29. Januar 1908.

Digitized by Google

57. Nach der Praxis der Polizeikammer kann sich die Vollmacht des die Appellation namens einer Partei erklärenden Anwaltes entweder aus einem beim Gericht eingereichten und bei den Akten befindlichen Schriftstücke ergeben oder kann stillschweigend als vorhanden angenommen werden, wenn sich aus den Akten ergiebt, dass der Anwalt bereits als Bevollmächtigter der Partei in der nämlichen Sache gehandelt, sie beispielsweise assistiert oder vertreten hat. (Vgl. Zeitschrift XXXVI, 367).

Hat ein substituiert bevollmächtigter Anwalt die Appellation erklärt, so ist zur Gültigkeit der Appellation erforderlich, dass die Einräumung des *Substitutionsrechtes* und die *Substitution* prozedürlich feststehen.

Polizeikammer, i. S. Brandmann, vom 8. Februar 1908.

58. Gesetzliche Beweistheorie: Zeugenbeweis.

Polizeikammer, i. S. Maria Spähni, vom 12. Februar 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„I. Das gegen Frau Spähni durchgeführte Beweisverfahren hat folgendes Resultat gehabt:

Frau Jaggi sagt aus, die Angeschuldigte habe ihr im Laufe des letzten Winters gegen den Frühling zu mitgeteilt, Fräulein B. „verdiene ihr Leben lieber mit dem F....., eine solche Frau sei eine Hur". Die Zeugin Frau Widmer deponiert, Frau Spähni habe ihr gegen den letzten Frühling zu in der Küche (der Zeugin) gesagt, Frl. B. h... drin herum. Der Zeuge Buri endlich vernahm im Oktober 1907 von der Angeschuldigten die Aeußerung, Frl. B. sei „zum excusé" Damenschneiderin, sie sei eine H...

Es stehen somit drei verschiedene Vorfälle in Frage, wobei sich die Angeschuldigte jedesmal nur gegenüber einem einzigen Zeugen in verleumderischer Weise über die Klägerin B. geäussert haben soll.

II. Es ist zu untersuchen, ob durch dieses Ergebnis der gesetzliche Schuldbeweis für die eingeklagte Ehrbeleidigung erbracht sei.

Nach der Vorschrift des Art. 351 St. V. ist ein Zeugenbeweis nur geleistet, wenn wenigstens zwei zeugnisfähige und unverdächtige Personen die Wahrheit einer und derselben tatsächlichen Wahrnehmung übereinstimmend bekräftigen. Dies trifft aber im vorliegenden Falle keineswegs zu.

Digitized by Google

Frau Spähni hat die eingeklagte Aeußerung jedesmal nur einer einzigen Person gegenüber getan. Es darf auch nicht angenommen werden, daß die verschiedenen Vorfälle eine Deliktseinheit, ein fortgesetztes oder Dauerdelikt bilden, wie dies die Staatsanwaltschaft annehmen möchte. Im vorliegenden Falle handelt es sich ohne Zweifel um ein Zusammentreffen von mehreren zeitlich weit auseinander liegenden Delikten, nicht aber um eine Deliktseinheit. Das Dauerdelikt (die ununterbrochene Verwirklichung des verbrecherischen Tatbestandes) hat die Einheit des Erfolges zur Voraussetzung, eine solche Einheit liegt selbstverständlich nicht vor, wenn der Delinquent bei verschiedenen Personen und zu verschiedener Zeit sich über einen Dritten in verleumderischer Weise äussert. Ebensowenig liegt ein fortgesetztes Delikt vor; ein solches Delikt ist vorhanden, wenn verschiedene demselben Deliktsbegriffe entsprechende Handlungen zusammen nur als ein entsprechend grösseres Delikt erscheinen.

Die Aussagen der drei Zeugen bilden aber auch keinen Indizienbeweis nach Art. 362 und keinen zusammengesetzten Beweis nach Art. 363 Ziff. 8 St. V. Die einzelnen Aussagen oder die Gesamtheit der Depositionen können nicht als Bestandteil eines Indizien- oder zusammengesetzten Beweises verwendet werden, weil die Indizien alle *besonders* gesetzlich bewiesen sein müssen; eine nachgewiesene ehrbeleidigende Aeußerung der Angeschuldigten gegenüber der Civilpartei könnte wohl indizierend wirken für den Beweis einer andern zeitlich und örtlich verschiedenen Ehrverletzung derselben Angeschuldigten gegenüber der nämlichen Civilpartei; aber keine der hier in Frage stehenden verschiedenen Injurien ist gesetzlich bewiesen. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Dähler vom 5. April 1905, Zeitschrift des bern. J. V., Bd. XLI, S. 619, u. dort angeführte).

Die Polizeikammer bleibt somit bei der von ihr in langjähriger Praxis vertretenen Auffassung und bestätigt das erstinstanzliche Urteil. Es ist zugegeben, daß diese Auffassung unter Umständen zu Unbilligkeiten führen kann; dies ist aber bei jeder gesetzlichen Beweistheorie unvermeidlich. Andererseits muß aber auch hervorgehoben werden, daß die Vorschrift unserer legalen Beweistheorie, wonach die Aussage eines einzigen Zeugen zum vollen Beweise nicht genügt, innerlich sehr wohl begründet ist; es ist ja bekannt wie unzuverlässig vielfach die Zeugenaussagen sind, diese

Digitized by Google

Unzuverlässigkeit kann aber gehoben werden, wenn zwei Zeugen die Wahrheit einer und derselben Tatsache übereinstimmend bekräftigen. Es ist deshalb auch für die Ueberzeugung des Richters von wesentlicher Bedeutung, ob eine Tatsache nur von einem einzigen oder von mehreren Zeugen wahrgenommen wurde."

59. Art. 578 St. V.: Die der unterlegenen Civilpartei auferlegten Verteidigungskosten des Angeschuldigten teilen das Schicksal des adhäsionsweise geltend gemachten *Civilanspruchs*.

Polizeikammer, i. S. Heinrich von Allmen, vom 19. Febr. 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„3. Was sodann die Appellation des Angeschuldigten betreffend *Erhöhung* des ihm gegenüber der Civilpartei Fritz von Allmen zugesprochenen *Kostenbetrages* anbelangt, so ist in erster Linie zu betonen und davon auszugehen, daß dieser Kostenzuspruch an den Angeschuldigten gemäß Art. 368 St. V. wegen des Unterliegens der Civilpartei jenem gegenüber erfolgt ist. Es handelt sich hiebei also um Kosten des, im Anschluß an das Strafverfahren, durchgeführten *Civil*verfahrens. Da nun nach Art. 578 St. V. die vom urteilenden Richter, bezw. Gerichte vorgenommenen Kostenbestimmungen überhaupt das Schicksal der Hauptsache, im vorliegenden Falle also dasjenige des adhäsionsweise geltend gemachten *Civilanspruchs* teilen, dieser aber, weil bloß Fr. 25.— betragend (vgl. die Anträge der Civilpartei Fritz von Allmen auf Seite 19 der Akten), die Appellationslimite nicht erreicht, so kann auf die Appellation des Angeschuldigten, soweit diesen zweiten Punkt betreffend, nicht eingetreten werden."

60. Widerhandlung gegen die bundesrätliche Vollziehungsverordnung zu den Bundesgesetzen über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen. — Auslegung von Art. 75.

Polizeikammer, i. S. Johann Rieben, vom 24. Februar 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„2. Der Vorderrichter sprach den Angeschuldigten Rieben schuldig der Widerhandlung gegen die bundesrätliche Vollziehungs-Verordnung zu den Bundesgesetzen über polizeiliche Maßregeln gegen Viehseuchen. Er nahm an, Rieben

Digitized by Google

sei zwar nicht verpflichtet gewesen, für dasjenige Stück Vieh, das er bereits zu Hause in St. Stephan verkauft hatte, bei der Marktkontrolle einen Gesundheitsschein vorzuweisen und die Kontrollgebühr zu bezahlen, wohl aber für die 3 Stück Vieh, welche er auf dem Wege von St. Stephan nach dem Markte in Zweisimmen verkauft hatte; die Strassen, welche zum Marktplatze führen und auf welchen sich der Handel ebenfalls abwickle, sei als erweiterter Marktplatz aufzufassen, Rieben habe aber auf einer dieser Straßen die 3 Stück Vieh verkauft, welche er auf den Markt von Zweisimmen führen wollte.

3. Die Polizeikammer kann sich der Auffassung der Vorinstanz nicht anschließen.

Art. 75 der citierten Vollziehungsverordnung schreibt vor, daß *jedes zum Verkaufe aufgeführte Tier* von einem gültigen Gesundheitsschein oder Passierschein begleitet sein müsse, der am *Eingang des Marktes* kontrolliert werde. Rieben hat nun aber die fraglichen Stück Vieh schon auf dem Wege zum Markte verkauft und wollte dieselben nicht mehr auf den Markt zum Verkaufe aufführen sondern direkt nach dem Bahnhofe zur Spedition bringen, wobei er aber die Kontrollstelle bei der Wirtschaft zur Gemse passieren mußte. Es handelt sich also bei Rieben zweifelsohne um kein Aufführen zum Verkaufe, das Vieh war bereits verkauft und sollte gar nicht mit dem auf dem Markte in Zweisimmen stehenden Vieh zusammenkommen. Der Wortlaut der angeführten Gesetzesstelle läßt wohl keinen Zweifel übrig, daß nur für dasjenige Vieh, das zum Verkaufe auf den Markt getrieben wird, ein Gesundheitsschein vorgewiesen und die Kontrollgebühr bezahlt werden muß. Hierüber führt auch die vom Vorderrichter aufgestellte Theorie vom erweiterten Marktplatze nicht hinweg, es kann auch das Urteil der Polizeikammer i. S. Jakob Widmer vom 12. April 1905 nicht herangezogen werden, da es sich mit der vorliegenden Frage überhaupt nicht befaßt. Der Zusammenhang, in welchem die angeführte Gesetzesstelle steht, bestätigt die Aufassung, die sich aus der wörtlichen Interpretation ergiebt; der ganze Abschnitt handelt von Märkten und Ausstellungen.

Der Polizeirichter glaubte mit Rücksicht auf die ratio legis, in extensiver Interpretation der fraglichen Gesetzesstelle, im Verhalten des Angeschuldigten eine Widerhandlung gegen die Vollziehungsverordnung annehmen zu müßen. Es ist dem Vorderrichter ohne Weiteres zuzugeben, daß es dem

Digitized by Google

Zwecke der Viehseuchenpolizeivorschriften entsprechen würde, wenn für jedes Stück Vieh, das in einen Ort geführt wird, wo sich eine größere Anzahl von Vieh ansammelt, an der Kontrollstelle der Gesundheitsschein vorgewiesen werden müßte und daß die Kontrolle außerordentlich erschwert wird, wenn das Vieh, das nicht auf den Markt geführt wird, sich der Kontrolle nicht zu unterziehen braucht. Es geht aber nicht an, daß bei dem unzweideutigen Wortlaute der einschlägigen Gesetzesstelle eine polizeiliche Vorschrift, die so wie so eine Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit bildet, zu Ungunsten des verfassungsmäßigen Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit ausgelegt wird. Die vom Vorderrichter vertretene Auslegung würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen, welche offensichtlich eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit involvieren. Nach der Auffassung des Vorderrichters müßte z. B. für jedes Stück Vieh, das aus einer andern Gemeinde durch einen Marktflecken getrieben wird und die Kontrollstelle passieren muß, die Gesundheitsscheine vorgewiesen und die Kontrollgebühr entrichtet werden, wenn an jenem Ort zufälligerweise gerade Markttag ist. Gegen die Auffassung des Vorderrichters muß auch angeführt werden, daß ja bei jedem Verkaufe und Transporte in einen andern Inspektionskreis das Tier mit einem Gesundheitsschein begleitet sein muß und schon dadurch eine Kontrolle ausgeübt wird.

Rieben wird demnach von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung auf Widerhandlung gegen die angeführte Vollziehungsverordnung freigesprochen; eine Entschädigung gebührt ihm selbstverständlich nicht.

Das Verhalten des Angeschuldigten qualifiziert sich auch nicht als eine Widerhandlung gegen das Marktpolizeireglement der Gemeinde Zweisimmen, weil letzteres auch nur für das zum Zwecke des Feilbietens auf den Markt geführte Vieh eine Kontrolle vorsieht."

61. Als Jagen im Sinne des Gesetzes gilt nach konstanter Gerichtspraxis nicht nur das Erlegen des Wildes, sondern überhaupt das waidmännische Aufsuchen und Verfolgen von Wild zum Zwecke des Erlegens oder Einfangens.

Polizeikammer, i. S. Neuenschwander & Wüthrich, vom 24. Februar 1908.

Digitized by Google

Justiz-Entscheide des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*, Bern.

22. Einreichung eines Zwischengesuches durch den Kläger in der für die Replik angesetzten Frist.

Appellations- u. Kassationshof, I. Abteilung, 9. Oktober 1907, Beschwerde von Metzger & Piron.

Entscheidungsgründe:

„Der Appellations- und Kassationshof hat sich schon des öftern dahin ausgesprochen, daß auch *der Kläger* Zwischengesuche im Sinne des § 139 P. als selbständig zu beurteilende Zwischenfragen anbringen könne (vgl. u. a. Monatsbl. Bd. XII S. 37 und Bd. XIV S. 320 ff.). Der gleichen Auffassung ist denn auch im Entscheid von 28. Juli 1906 Ausdruck verliehen worden, durch welchen der Richter angewiesen wurde, das im vorwürfigen Prozesse Seitens des Klägers und Widerbeklagten gestellte Gesuch *einläßlich* zu behandeln.

Hieraus ergibt sich aber ohne weiteres, daß ein solches Zwischengesuch, wie das vorliegende eines ist, denn auch die in § 139 P. vorgesehenen prozessualen Wirkungen haben muß, der Gesuchsteller demnach die Einreichung derjenigen Vorkehr, an deren Stelle er fragliches Gesuch anbrachte, bis zur Beurteilung dieses letztern verschieben kann.

Von einer Versäumung der der Klägerschaft zur Einreichung ihrer Replik und Verteidigung auf die Widerklage gesetzten Frist könnte daher nach den tatsächlichen Feststellungen nur dann die Rede sein, wenn das an Stelle dieser Vorkehr angebrachte Zwischengesuch nicht innert dieser Frist eingereicht worden wäre. Da letzteres jedoch — wie hievor gesagt — nicht der Fall gewesen ist und eine spätere Fristansetzung zugestandenermaßen nicht erfolgte, so war der beschwerdebeklagte Richter mangels Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlaß des angefochtenen Säumnißdekretes nicht befugt. Letzteres stellt sich demnach in der That als Gestattung einer gesetzwidrigen Rechtshülfe an den Beklagten dar und muß deßhalb aufgehoben werden, wobei aber immerhin zu bemerken ist, daß das Verhalten des klägerischen Anwaltes in dieser Sache keineswegs einwandfrei und insbesondere nicht dazu angetan war, eine rasche Erledigung dieses Prozesses zu ermöglichen."

Digitized by Google

23. Einer Nichtigkeitsklage sind diejenigen Prozessaktenstücke beizulegen, deren das Gericht zur Beurteilung bedarf.

§ 359 Ziffer 1 C. P. Kenntnisgabe eines Verhandlungstermines an den Kläger im Kompetenzverfahren vor dem Gerichtspräsidenten.

Appellations- u. Kassationshof, II. Abteilung, 25. Oktober 1907, Nichtigkeitssache Hutmacher gegen Mainardi.

Entscheidungsgründe:

„I. Der Nichtigkeitsbeklagte stellt in erster Linie das Begehren, es sei auf die Nichtigkeitsklage nicht einzutreten, weil der Nichtigkeitskläger es unterlassen habe, die Protokollauszüge, aus denen das angefochtene Urteil und die Prozeßverhandlungen ersichtlich sind, der Nichtigkeitsklage beizulegen.

Nun hat allerdings die erste Abteilung des Appellations- und Kassationshofes in ihrem vom Nichtigkeitsbeklagten angerufenen Entscheid vom 16. Juni 1903 i. S. J. Stämpfli gegen Peter Herrmann (Zeitschr. 40 p. 247) erkannt, daß wegen der Unterlassung des Nichtigkeitsklägers seiner Nichtigkeitsklage Protokollauszüge beizulegen, aus denen sowohl das angefochtene Urteil als überhaupt die bezüglichen Prozeßverhandlungen ersichtlich seien, auf die Nichtigkeitsklage nicht eingetreten werden könne. Aber mit einer Begründung („ . . . indem es selbstverständlich . . . nicht Sache des Gerichtshofes ist, von Amtes wegen die bezüglichen Prozeßakten, bezw. Protokollauszüge zur Stelle zu schaffen, *ohne welche die Beurteilung der Nichtigkeitsklage überhaupt nicht möglich ist*"), welche erkennen läßt, daß das Nichteintreten auf die Nichtigkeitsklage doch nur an die Unterlaßung der Beilegung solcher Prozeßaktenstücke geknüpft werden wollte, deren das Gericht zur Beurteilung der Nichtigkeitsklage bedarf.

Nun hat vorliegend der Nichtigkeitskläger mit der Nichtigkeitsklage zwar nicht einen Protokollauszug über die Urteilsverhandlung vom 12. Dezember 1906 eingereicht, wohl aber die amtliche Notifikation über das Ergebnis derselben. Und da diese Notifikation die für die Beurteilung der Nichtigkeitsklage erforderlichen Feststellungen, welche dem bezüglichen Protokollauszuge hätten entnommen werden können, ebenfalls enthält, so ist das Fehlen dieses letztern in dem vom Nichtigkeitskläger der Nichtigkeitsklage beigelegten Aktenmaterial ohne Belang und liegt nach dem oben Ausgeführten von daher kein Grund vor, auf die Nichtigkeitsklage nicht einzutreten.

Digitized by Google

II. In der Sache selbst fällt Folgendes in Betracht:

Der Nichtigkeitskläger stützt sich auf den Nichtigkeitsgrund des § 359 Ziffer 1 P.

Dessen eine Voraussetzung, das Ausbleiben des Nichtigkeitsklägers beim Urteilstermin, ist durch die vorerwähnte Urteilsnotifikation vom 12. Dezember 1906 hinlänglich festgestellt und übrigens auch nicht streitig. Fraglich ist demnach nur noch, ob dem Nichtigkeitskläger der zur Ausfällung des Urteils bestimmte Termin nicht bekannt gemacht worden ist, resp. — nach der Auslegung, welche die Gerichtspraxis dem § 359 Ziffer 1 P. gibt — *nicht vorschriftsgemäß* bekannt gemacht worden ist (vgl. Zeitschr. 26 p. 252; 36 p. 447; 39 p. 297; 40 p. 119). Da der Urteilstermin auf das einseitige Begehren des Nichtigkeitsklägers von einem frühern auf denjenigen Zeitpunkt verlegt worden ist, in welchem er dann stattfand, so war nach dem Wortlaut des § 88, 3. Satz P. allerdings nur die „andere" Partei, der Nichtigkeitsbeklagte, von dem neuen Termin amtlich in Kenntnis zu setzen.

Allein da der Nichtigkeitskläger in seinem Verschiebungsgesuch von 27. November 1906 den Zeitpunkt, auf welchen er den Termin verschoben zu haben wünschte, nicht genau bezeichnet hatte, mithin von dem durch den Richter festzusetzenden neuen Termin a priori keine Kenntnis haben konnte, so konnte der Richter den neuen Termin mit Rechtswirkung für den Nichtigkeitskläger nur bestimmen, wenn er dafür sorgte, daß auch dieser letztere von diesem durch ihn bestimmten Termin Kenntnis erhielt (wie das analog hinsichtlich der Vorschrift des § 300 P. durch das Urteil des Appellations- und Kassationshofes i. S. Schenkel gegen Lehle vom 15. Febr. 1900, Zeitschr. 37 p. 300 u. f. festgestellt worden ist).

Mag nun auch (wie in dem soeben angeführten Urteil) dahingestellt bleiben, ob in einem solchen Falle die Kenntnisgabe des Termins nicht auch durch eine *förmliche* Ladung erfolgen sollte, so ist doch *jedenfalls* erforderlich, daß die Art und Weise der Kenntnisgabe des Termins die betreffende Partei in *keiner* Weise darüber im Zweifel lasse, daß der mitgeteilte Termin durch den Richter bestimmt worden ist und von ihm oder doch zum mindesten in seinem Auftrag der betreffenden Partei kund gegeben wird (vgl. darüber auch das angeführte Urteil, Zeitschr. 37 p. 301).

An diesem unumgänglichen Erfordernis fehlte es nun im vorliegenden Falle.

Digitized by Google

Denn der bloße, keine Unterschrift tragende lakonische Vermerk auf der Quittung des Gerichtsschreibers für die Verschiebungskosten: „neuer Termin: Mittwoch, den 12. Dezember 1906, 10 Uhr Vormittags", war derart, daß der Nichtigkeitskläger berechtigte Zweifel darüber haben konnte, ob es sich dabei um eine vom Richter ausgehende, verbindliche Terminsanzeige handle.

Der Nichtigkeitskläger macht deßhalb mit Recht in der Nichtigkeitsklage geltend, eine solche Terminsanzeige sei ungesetzlich und ungültig. Demnach ist auch die andere Voraussetzung des § 359 Ziffer 1 f. als vorhanden anzusehen und die Nichtigkeitsklage infolgedessen gutzuheißen."

24. Die Prüfung des Richters nach § 136 Ziffer 2 C. P. bezieht sich auf die Form der Abfassung der Klage, nicht auf die materielle Substanzierung. Bezeichnung des eingeklagten Rechtes im Sinne des § 132 Ziffer 4 C. P. bei Aberkennungsklagen nach Art. 83 B. u. K.

Appellations- u. Kassationshof, I. Abteilung, 29. Oktober 1907. Beschwerde des J. Schürch.

Aus den Entscheidungsgründen:

„2. Dagegen weigert sich der beklagte Richter — wie schon in seiner Verfügung vom 4. Oktober 1907 — noch heute, die Zustellung der Klage des Beschwerdeführers und Aberkennungsklägers Johann Schürch an die Aberkennungsbeklagten Leval und Wolff in Solothurn, gemäß § 136 zu verfügen, weil die genannte Klage nicht den gesetzlichen Vorschriften gemäß abgefaßt sei und demnach die Voraussetzung des Erlasses einer Zustellungsverfügung gemäss § 136 P. im Fragefalle nicht zutreffe.

3. Nach § 136 P., Ziffer 2, darf der Richter die Zustellung einer ihm eingereichten Klage an den Beklagten erst dann verfügen, wenn er nach einer vorläufigen Prüfung u. a. findet, dass die Klage den gesetzlichen Vorschriften gemäß *„abgefaßt"* ist. Voraussetzung des Erlasses einer Zustellungsverfügung ist also, dass die *„Abfassung"* der Klage, also die *Formgestaltung* derselben den gesetzlichen *Form*vorschriften entspricht. Ist dies der Fall, so *muss* die Zustellung der Klage verfügt werden, auch wenn die zur Begründung der Klage angebrachten Tatsachen, in Betreff ihres Rechtsbegehrens, an sich materiell nicht schlüssig sind. Denn das dem Richter diesbezüglich zustehende Prüfungsrecht ist eben nach § 136

Digitized by Google

P. rein auf die *Form* ihrer *Abfassung* beschränkt; und er darf deshalb die Zustellung der Klage nicht wegen *mangelnder materieller* Substantiierung verweigern (Monatsblatt für bernische Rechtssprechung, Bd. XII, S. 373; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 19, S. 509).

4. Prüft man von diesem Gesichtspunkte aus die Klage des Beschwerdeführers Schürch d. d. 3./4. Oktober 1907, so ist in der Tat dem beklagten Richter zuzugeben, dass dieselbe die genaue Bezeichnung des *eingeklagten Rechts* im Sinne des § 132, Ziffer 4 P. nicht enthält. Nun handelt es sich aber im vorliegenden Falle um eine sogen. Aberkennungsklage im Sinne des Artikels 83 B. u. K., welche „als prozessualisches Gebilde" zwar wohl *die Form* einer Klage — Geltendmachung eines Rechtsschutzanspruchs — hat (cfr. B. G. E. Bd. 23 p. 1087; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 35, p. 637), dem Inhalte nach aber nicht die gerichtliche Geltendmachung eines dem Kläger angeblich zustehenden *materiellen Civil*rechts, wie sie § 132 Ziffer 4 P. voraussetzt, bezweckt, sondern lediglich in der *Bestreitung* eines von dem Aberkennungsbeklagten auf dem Betreibungswege geltend gemachten Anspruchs besteht. Wird aber mit der Aberkennungsklage überhaupt kein Recht im Sinne der citierten Ziffer 4 eingeklagt, so ist klar, daß diese Gesetzesbestimmung überhaupt bei Aberkennungsklagen nicht Anwendung finden kann. Ist dies aber der Fall, so war der beklagte Richter auch nicht berechtigt, eine solche unmögliche Angabe zu fordern und demnach gestützt auf diesen angeblichen Formmangel die Zustellung der Klage zu verweigern.

5. Ebenso unbegründet ist die Zustellungsverweigerung des Richters aus dem Grunde, weil es sich aus den zur Begründung der Klage behaupteten Tatsachen nicht ergebe, weshalb der Aberkennungskläger die Forderung bestreite. Denn abgesehen davon, daß es sich im Aberkennungsprozeß nur um eine Umkehrung der Parteirollen und nicht der Behauptungs- und Beweislast handelt (cfr. die cit. Entscheide), involviert — wie ausgeführt — die angebliche Nichtschlüssigkeit der vom Kläger behaupteten Tatsachen und der hiezu angerufenen Beweismittel — keine Verletzung der Formvorschriften betreffend die „*Abfassung*" der Klage und es darf deshalb der Richter nicht gestützt auf diesen Mangel die Zustellung der Klage verweigern.

6. Sind deshalb die Gründe, aus denen der beklagte

Digitized by Google

Richter die Zustellung der Klage des Johann Schürch an die Beklagten Leval und Wolff in seiner Verfügung vom 4. Oktober 1907 verweigert hat, unstichhaltig, so ist nach § 136, 3. Al. in Verbindung mit § 362 ff. P. die Beschwerde des erstern begründet, ohne daß es dabei der Behauptung und des Nachweises eines speziellen Verschuldens des beklagten Richters bedürfte."

25. Voraussetzungen einer Beschwerde gegen die Bestimmung der Kosten im amtsgerichtlichen Kompetenzverfahren.

Appellations- u. Kassationshof, II. Abteilung, 1. November 1907. Beschwerde des G. Linder.

Entscheidungsgründe:

„1. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die ein *Accessorium* des *Kompetenzurteils* des beschwerdebeklagten Gerichts in Sachen des Beschwerdeführers gegen F. Merstetter bildende Kostenbestimmung des beschwerdebeklagten Gerichts vom 24. Juli 1907.

Von einem Zuspruch der Beschwerde könnte deshalb — wie dies für die Beschwerden gegen Urteile im allgemeinen durch die Gerichtspraxis stets festgestellt worden ist — nur die Rede sein, wenn sich die angefochtene Kostenbestimmung als ein Akt der Willkür darstellen würde, während dem Gericht zu einer einfachen moderationsweisen *Nachprüfung* der angefochtenen Kostenbestimmung, als Beschwerdeinstanz, selbstverständlicherweise die Kompetenz fehlt (vgl. Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 38 S. 348 unten).

2. Da nun im amtsgerichtlichen Kompetenzverfahren ein Kostenmaximum nicht vorgeschrieben ist (wie in § 305 P. für das Bagatellverfahren) und gemäß § 320, Al. 1, bezw. 295 P. das Amtsgericht einfach den *Gesamtbetrag* der Kostenforderung (der obsiegenden Partei) auf den Bericht seines Präsidenten und *ohne in Erörterungen über die einzelnen Ansätze einzutreten*, zu bestimmen hat, so ist die Beschwerdeinstanz a priori außer Stande, zu prüfen, ob sich das beschwerdebeklagte Gericht, wie der Beschwerdeführer behauptet (das beschwerdebeklagte Gericht aber bestreitet), deshalb eine Willkür hat zu schulden kommen lassen, weil es die angefochtene Kostenbestimmung, unter Außerachtlassung der Bestimmungen des Tarifs, vorgenommen habe. Die Beschwerde muß deshalb abgewiesen werden."

Digitized by Google

26. § 251 al. 2 C. P. Leistung des Parteieides vor der kompetenten Gerichtsstelle des Wohnortes des Eidesdelaten.

Appellation- u. Kassationshof, I. Abteilung, 12. November 1907, Beschwerde des A. Moser.

Entscheidungsgründe:

„1. Richtig ist, daß grundsätzlich, gemäß § 251 C. P. die Ableistung des Parteieides vor *dem* Richter, bei welchem die Sache rechtshängig ist, stattzufinden hat. Damit wird übrigens nicht etwa eine Ausnahmebestimmung aufgestellt, sondern es ist dies nichts anderes, als die notwendige Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß der Prozeßstoff vor dem instruierenden Richter bezw. Gericht vorgebracht und gesammelt werden muß.

So findet sich eine ganz analoge Bestimmung in § 225 C. P. bei der Zeugenabhörung (vgl. übrigens auch §§ 131, 283, 296 und 303 C. P.).

Nun ist aber klar, daß diesem Grundsatz nicht überall nachgelebt werden kann, nämlich da nicht, wo äußere Umstände hindernd in den Weg treten und so sind denn sowohl bei der Zeugen- wie auch bei Eides-Abhörung Bestimmungen aufgestellt worden, welche diesen Umständen Rechnung tragen. So sind in erster Linie *Alter* und *Krankheit* Gründe, welche sowohl Zeugen wie den Eidesdelaten berechtigen, in ihrer „Wohnung" abgehört zu werden. Ebenso bildet aber auch die *Entfernung* des Wohnortes des Abzuhörenden von der instruierenden Gerichtsstelle einen solchen Ausnahmegrund.

Während aber ein Zeuge gemäß § 226 P. schon dann berechtigt ist, die Abhörung durch den Richter seines Wohnortes zu verlangen, wenn er über fünf Stunden von dem Amtssitze des zuständigen Richters wohnt, ist die Beurteilung dieser Frage bei *Eidesabhörungen* in das Ermessen des Richters (bezw. Gerichtes) gestellt, nicht aber ins *willkürliche* Ermessen desselben, sondern in der Weise, daß er zu prüfen hat, ob die Umstände eine Ableistung des Eides an einem andern Orte gemäß § 251 Al. 2 C. P. rechtfertigen und erheischen, und daß er, wenn er zur Bejahung dieser Frage gelangt, die Beeidigung durch die kompetente Gerichtsbehörde des Wohnortes anordnen *muß*.

2. Der Richter, bezw. im vorliegenden Falle das beschwerdebeklagte Amtsgericht von X., war also verpflichtet, die Sachlage nach *dieser* Richtung hin zu *prüfen* und *da-*

Digitized by Google

nach seinen Entscheid zu fällen. Wenn es sich, wie aus Ziffer 6 seiner Motivierung hervorzugehen scheint, über diese Gesetzesvorschrift einfach hinweggesetzt hat, so hat es sich schon dadurch einer offenbaren Willkür schuldig gemacht.

Es bleibt daher nur noch zu prüfen übrig, ob in casu der Ausnahmegrund der großen Entfernung, verbunden mit großen Kosten zu gunsten des Beschwerdeführers vorliegt oder nicht.

3. Dies ist *ohne Weiteres* zu bejahen. Wenn auch in den Verhandlungsprotokollen der Wohnort des Beklagten als „unbekannt" angegeben und der Art. 127 der Verteidigung bestritten war, so bestand doch für das urteilende Gericht — de facto —, wie aus seiner Motivierung hervorgeht, gar kein Zweifel darüber, daß der Beklagte wirklich in „Amerika" wohnt, wie das übrigens auch von der Klägerin in ihrer Vernehmlassung zugegeben worden ist.

Liegt sonach der in § 251 Abs. 2 P. vorgesehene Fall vor, so stellt sich die vorliegende Beschwerde ohne Weiteres als begründet dar. Vollständig unerheblich für den grundsätzlichen Entscheid ist denn auch die Frage, ob die betreffenden zum Beweise ausgehobenen Thatsachen erheblich oder unerheblich sind, da diese Frage natürlich nicht in diesem Verfahren, sondern erst in der Hauptsache zu prüfen ist."

27. Kompetenz des Obergerichtes als Aufsichtsbehörde für die Advokaten zur Entscheidung eines Streites, ob und wie weit der Anwalt verpflichtet sei, seinem gewesenen Klienten Civilprozessakten herauszugeben. § 17 des Advokatengesetzes vom 10. Dezember 1840. Art. 398 O. R.

Obergericht. 16. November 1907, Beschwerde des H. Imgrüth.

Entscheidungsgründe:

„1. In seiner Beschwerde vom 7./10. Oktober 1907 stellt H. Imgrüth das Gesuch: „Fürsprecher X. möchte zur Verantwortung gezogen und verhalten werden, ihm fragliche Akten kostenlos herauszugeben, unter Kostenfolge im Falle von Widerstand."

Zur Begründung behauptet der Beschwerdeführer lediglich: Fürsprecher X., den er im Jahre 1904 mit der Anhebung und Durchführung eines Prozesses gegen die Witwe Balmer beauftragt gehabt habe, weigere sich hartnäckig, ihm die bezüglichen Prozeßakten herauszugeben, wiewohl der Prozeß längst beendet und er für seine Kosten vollständig bezahlt sei.

Digitized by Google

2. Der beschwerdebeklagte Fürsprecher X. bestreitet in erster Linie die sachliche Kompetenz des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über die Advokaten, die vorwürfige Rechtsfrage, ob er verpflichet sei, dem Beschwerdeführer Imgrüth die Akten in seinem Prozesse gegen Witwe Balmer herauszugeben, im Beschwerdeverfahren zu entscheiden, da es sich diesbezüglich um einen Streit aus dem zwischen ihm und Imgrüth bestehenden Vertragsverhältnis handle.

In dieser Beziehung ist folgendes zu bemerken:

Nach § 17 des Gesetzes vom 10. Dezember 1840 hat das Obergericht darüber zu wachen, daß die Advokaten die ihnen *durch das Gesetz* auferlegten Pflichten pünktlich erfüllen und sie eventuell zum Ersatze des verursachten Schadens zu verfällen.

Nun ist allerdings richtig, daß § 16 leg. cit., welcher die speziell den Advokaten obliegenden Pflichten aufzählt, die Pflicht zur Herausgabe der Akten an seinen Klienten nicht expressis verbis erwähnt, wie ja überhaupt das Advokatengesetz die *zivilrechtlichen* Beziehungen im Allgemeinen zwischen Anwalt und Klient nicht normiert, die Regelung derselben vielmehr der allgemeinen Gesetzgebung überläßt. Dementsprechend sind denn auch in *dieser* Beziehung — soweit § 16 leg. cit. nicht expressis verbis Ausnahmen statuiert — die Bestimmungen des XIV. Titels des Obligationenrechts maßgebend (cfr. Monatsblatt XIII S. 337). Hieraus folgt aber noch keineswegs, daß die Advokaten nicht auch betreffend der ihnen durch *diese* Bestimmungen auferlegten Pflichten der Oberaufsicht und Disziplinargewalt des Obergerichts unterstellt sind. Denn § 17 des Gesetzes vom 10. Dezember 1840 unterstellt die Advokaten *im Allgemeinen*, soweit es ihre berufliche Stellung als Quasi-Beamte anbetrifft, der genannten Oberaufsicht und verpflichtet das Obergericht, darüber zu wachen, daß sie die ihnen *durch das Gesetz*, d. h. *die Gesetzgebung im Allgemeinen* auferlegten Pflichten pünktlich erfüllen. Dementsprechend stehen die Advokaten auch in *der* Beziehung und soweit unter der Disziplinargerichtsbarkeit des Obergerichts, als die pünktliche Erfüllung der ihnen nach dem XIV. Titel des O. R. obliegenden Pflichten in Frage steht, sofern nur diese zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Anwalt und Klient ihre *konkrete* Grundlage in der beruflichen Stellung des Anwalts als Advokat, d. h. als Quasi-Beamter haben und nicht ein Civilrecht in Frage kommt, das an sich mit den Berufspflichten der Advo-

Digitized by Google

katen in keiner Beziehung steht (cfr. den zitierten Entscheid im Monatsblatt 13 S. 337 und Monatsblatt 12 S. 368).

Da nun außer Zweifel steht, daß das Mandatsverhältnis, welches zwischen dem Beschwerdeführer Imgrüth und Fürsprecher X. bestanden hat, zu dem Zwecke begründet wurde, damit letzterer den erstern als *patentierter* Anwalt in seinem Prozesse gegen Witwe Balmer vertrete, haben auch die hier in Frage stehenden zivilrechtlichen Beziehungen ihre konkrete Grundlage in der beruflichen Stellung des Beschwerdebeklagten. Das Obergericht ist demnach sachlich zuständig, auch die vorliegende Streitfrage zu entscheiden (cfr. übrigens auch betr. die sog. Schiedsgerichtsklausel in der Prozeßvollmacht den Entscheid Zeitschrift 38, S. 338).

3. Die Akten, die der Beschwerdeführer in seinem Beschwerdeantrag herausverlangt, bestehen nun einerseits in Prozeßvorkehren, die der Beschwerdebeklagte namens und im Auftrage seines Klienten Imgrüth angefertigt hat und anderseits in Gerichtsakten (Vorladungen, Vorkehren der Gegenpartei, Protokollauszügen und Urteilen), die ersterem zum Teil unter „Nachnahmecouverts" als „Bevollmächtigtem" des letztern zugestellt worden sind. Daß der Beklagte schuldig ist, diese Aktenstücke dem Beschwerdeführer herauszugeben, liegt angesichts der Bestimmungen des Art. 398 O. R. auf der Hand. Denn was die erstern anbelangt, so sind sie zwar wohl durch den Beklagten selbst angefertigt worden, dagegen geschah dies im Auftrag und Namen des Beschwerdeführers, der sie ihm auch bezahlt hat, so daß es ernsthafterweise keinem Zweifel unterliegt, daß diese dem Beschwerdeführer herausgegeben werden müssen; die letztern dagegen sind alles Aktenstücke, welche dem Fürsprecher X. lediglich infolge seiner Geschäftsführung für Imgrüth zugekommen sind, also gemäß den Bestimmungen des Art. 398 O. R. ebenfalls herausgegeben werden müssen.

4. Anders verhält es sich in der Tat mit den eigenen Zuschriften des Imgrüth an den Beschwerdebeklagten (pag. 3, 53, 61, 69, 117 der Prozeßakten), den Preßkopieen aus seinem Kopierbuche (pag. 5, 21, 25, 57, 63, 67, 121, 124*a*, 151, 179, 183, 191, 223 und 225), der Abschrift des Urteils d. d. 16. Juni 1903 (pag. 3), soweit er sich nicht auch dafür von Imgrüth hat bezahlen lassen, den Postquittungen für an Imgrüth adressierte Sendungen (pag. 23, 101), sowie dem Reglement der Ersparnißkasse des Amtsbezirkes Laupen (pag. 125 ff.). Denn dies sind keine Aktenstücke, welche

Digitized by Google

er infolge seiner Geschäftsführung für Imgrüth erhalten hat, sondern solche, die sich der Beklagte — nach seiner Behauptung wenigstens — für seinen eigenen Gebrauch angefertigt hat, oder ihm doch zu diesem Zwecke übermacht worden sind. Zweifelhaft ist aber die Sache in der Tat betreffend die zwei an das Richteramt Laupen adressierten Aktenstücke (pag. 141 und 143). Da jedoch der Nachweis dafür fehlt, daß dieselben dem Fürsprecher X. zu Handen seines Klienten ausgehändigt worden sind, kann derselbe auch nicht verhalten werden, dieselben dem letztern auszuhändigen. — Was endlich die Prozeßvollmacht anbelangt, so macht diesbezüglich Art. 43 O. R. Regel, da dieselbe nach Beendigung des Prozesses erloschen ist. Dieser Bestimmung gemäß ist der Beklagte verpflichtet, dieselbe entweder dem Mandanten zurückzugeben, oder aber gerichtlich zu hinterlegen.

5. Wenn endlich der Beklagte glaubt, dem Begehren des Imgrüth könne nicht Folge geleistet werden, weil ihm ein rechtliches Interesse an der Herausgabe der Akten fehle und dieselbe lediglich aus Chikane verlangt werde, so ist dies zweifellos unrichtig, da man ja nie wissen kann, ob nicht nächträglich allfällig die Akten noch zu andern Prozeßzwecken dienen können.

6. Nach diesen Ausführungen erscheint also das Gesuch des Beschwerdeführers Imgrüth um Herausgabe der eigentlichen Prozeßakten gegen Witwe Balmer im Wesentlichen als begründet; doch erscheint die daherige Pflichtverletzung des Fürsprechers X. — weil offenbar auf einer falschen Rechtsauffassung basierend — nicht derart, daß es angezeigt wäre, gegen denselben disziplinarisch vorzugehen."

28. Streitigkeiten über Versicherungsbeiträge an Viehversicherungskassen nach dem Gesetz über die Viehversicherung vom 17. Mai 1903 sind öffentlich-rechtlicher Natur.

Obergericht, 16. November 1907, Kompetenzstreitsache zwischen der Viehversicherungskasse Innertkirchen und J. Gsteiger.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Der von der Klägerin eingeklagte Anspruch geht (nach der eigenen Erklärung der Klägerin im Termin vom 6. April 1907) auf Entrichtung des Beitrags, welchen der Beklagte als Mitversicherter der Viehversicherungskasse Innertkirchen gemäß Beschluß der Generalversammlung angeblich schuldig ist.

Die Beitragspflicht der Mitglieder einer nach dem Vieh-

Digitized by Google

versicherungsgesetz gebildeten Versicherungskasse beruht nun, wie die Mitgliedschaft selbst, nicht auf einem Vertrag, sondern auf den die diesbezügliche Zwangsversicherungspflicht normierenden Bestimmungen des Viehversicherungsgesetzes und auf den in Ausführung dieses letzteren erlassenen Statuten der Viehversicherungskassen.

Der eingeklagte Anspruch ist daher ein öffentlich-rechtlicher und unterliegt der Beurteilung der Administrativbehörden (vgl. die in dem Entscheid des Obergerichts vom 10. November 1906 in der Kompetenzstreitsache zwischen J. Junker und der Viehvers.-Kasse Rapperswyl — abgedr. in der Zeitschr. des bern. Jur.-Ver. Bd. 43 p. 460 — angeführten Zitate)."

Anmerkung. Der Regierungsrat hat laut Schreiben vom 2. Dezember 1907 an das Obergericht diesem Entscheid beigepflichtet.

29. Ladungsfrist im Rechtsöffnungsverfahren. § 79 C. P. § 40 Ziffer 1 E. G. zu B. u. K.

Appellations- u. Kassationshof, II. Abteilung, 16. November 1907, Beschwerde des A. Hänni.

Aus den Entscheidungsgründen:

„c. In Wirklichkeit stand der Bewilligung des Rechtsrufes kein gesetzliches Hindernis im Wege und war die Hinfälligerklärung des Termins wegen angeblicher Nichteinhaltung der Ladungsfrist eine auch materiell nicht gerechtfertigte. Denn § 79 P. verlangt die Zustellung der Ladung wenigstens 48 Stunden vor dem festgesetzten Termin nur in den Fällen, in denen das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht. Wenn nun auch das Einführungsgesetz zum B. u. K. nicht ausdrücklich für das Rechtsöffnungsverfahren eine Verkürzung der Ladungsfrist von 48 Stunden als zulässig erklärt, so kann doch die Ladungsfrist von 48 Stunden für das Rechtsöffnungsverfahren nicht schlechterdings als maßgebend angesehen werden, da sonst unter Umständen die Bestimmung des § 40 Ziffer 1 E. G. zum B. u. K. einfach illusorisch würde (vgl. auch Reichel, bern. Civil- und Civilprozeßgesetze, 8. Auflage der Sammlung von Niggeler & Vogt, Bd. II, § 79 P. Anmerkung 2)."

30. Paternitätsklage einer Schweizerbürgerin gegen einen im Kanton Bern domizilierten Schweizer. Satz. 190 C. G. B. Art. 60 B. V.

Appellations- u. Kassationshof, I. Abteilung, 10. Dezember 1907, Beschwerde des G. Genni.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe:

„1. In tatsächlicher Beziehung ergibt sich aus den Akten, daß die Paternitätsklägerinen F. Zuffi sowohl als der Paternitätsbeklagte Genni *Schweizer-* und tessinische Kantons*bürger* sind, daß erstere aber in ihrem Heimatorte Ponte Valentino domiziliert ist, lezterer dagegen nicht nur im Zeitpunkte der angeblichen Schwängerung, sondern auch bei Anhängigmachung des vorwürfigen Paternititätsprozesses gegen ihn *in Bern* domiziliert war.

2. Wie der Appellations- und Kassationshof schon wiederholt ausgesprochen hat (vgl. die oben zitierten, in der Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 24 S. 148 u. Bd. 30 S. 334 ff. abgedruckten Urteile), ist nun Satzg. 190 des bern. C. G., wonach kantonsfremden Weibspersonen in Vaterschaftssachen nur im Falle der Reziprozität ein Klagrecht gegen ihren im Kanton Bern niedergelassenen außerehelichen Schwängerer zustand, durch Art. 60 der Bundesverfassung, soweit *Schweizerbürgerinnen* betreffend, aufgehoben worden, so daß nunmehr Paternitätsklagen von *Schweizerbürgerinnen* anderer Kantone gegen einen im Kanton Bern niedergelassenen Schweizer von den hiesigen Gerichten, d. h. vom Gerichte des Wohnortes des Beklagten, angenommon, werden müssen.

Da vorliegendenfalls — wie gesagt — nicht nur die Qualifikation der Beteiligten als Schweizerbürger feststeht, sondern überdies auch die Tatsache, daß der Beklagte zur Zeit der Anhängigmachung des vorwürfigen Paternitätsprozesses *in Bern* domiziliert war, so muß die sachliche Kompetenz des angerufenen Amtsgerichts Bern unbedingt bejaht werden. Die Frage, ob das tessinische Recht die Paternitätsklage kennt oder nicht, kann hiebei überhaupt nicht in Betracht fallen, sondern lediglich bei der Prüfung der Frage, ob der Klägerin nach dem zur Anwendung kommenden Recht materiell ein Klagerecht zustehe oder nicht (vgl. Blätter für Zürcher Rechtsprechung, Jahrgang 1903, Bd. II No 213).“

Bernischer Juristenverein. Dem Beschluß vom 26. Oktober entsprechend, hat der Vorstand zur **Fortsetzung der Beratung über das bernische Einführungsgesetz zum Z. G. B.** einen ***Diskussionstag* auf Samstag, den 28. November 1908,** nachmittags 2 Uhr, im Café Merz an der Amthausgasse in Bern angesetzt, wozu alle Mitglieder freundlichst eingeladen sind.

Digitized by Google

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn

Band XLIV **12. Heft** **Dezember 1908**

Der Gerichtsstand der „Widerspruchsklage"

von Dr. *Emil Huber*, Bundesgerichtssekretär, in Lausanne.

In einem frühern Aufsatze (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. XLIII S. 585 ff.) haben wir die herrschende Ansicht bekämpft, die die in den Art. 107 u. 109 Sch. K. G. vorgesehenen Klagen unter den einheitlichen Begriff einer „Widerspruchsklage" zusammenfassen will, und gegenüber dieser Verallgemeinerung geltend gemacht: Es sei wichtiger, die einzelnen Klagen, (die im Gesetzestext freilich grammatikalisch eng zusammengekoppelt sind), nach ihrer innern Verschiedenheit ins Auge zu fassen. Namentlich sei zu unterscheiden, ob es sich für den Drittansprecher darum handle, das gepfändete Vermögensstück dem Executionsverfahren zu entziehen oder an diesem Verfahren, soweit es das gepfändete Vermögensstück betrifft, sich selbst zu beteiligen.

Die theoretischen und systematischen Gründe, die uns zu unserer Auffassung geführt haben, sind in jenem Aufsatze entwickelt. Wir glauben aber auch praktische Gründe für uns zu haben. Sie ergeben sich besonders daraus, daß nicht alle prozeßrechtlichen Bestimmungen in gleicher Weise auf sämtliche Klagen der Art. 107 u. 109 passen, sondern daß die Verschiedenheit dieser Klagen in gewissem Umfange

Digitized by Google

auch eine Differenzirung jener Bestimmungen fordert. Geht man aber von dem einheitlichen Begriff der Widerspruchsklage aus, so müssen für sie auch einheitliche prozessualische Vorschriften gelten.

Im nachfolgenden will versucht werden, das Gesagte an einer der wichtigsten und bestrittensten Fragen unserer Materie, der des *Gerichtsstandes der „Widerspruchsklage"*, nachzuweisen.

Die Frage, die schon wegen ihrer großen praktischen Bedeutung einmal eingehender behandelt zu werden verdient, stellt sich zunächst im *innerkantonalen* Rechtsverkehr; dann nämlich, wenn ein Kanton keine ausdrückliche Gerichtsstandsbestimmung erlassen hat [1]) (worin eine Lücke seiner Ausführungs-Gesetzgebung zum Sch. K. G. liegt, da letzteres den Erlaß dieser Bestimmungen in innerkantonaler Beziehung den Kantonen anheimgibt, vgl. A. S. 25[I] p. 37). Sie stellt sich ferner im *interkantonalen* Rechtsverkehr, nämlich soweit darüber zu entscheiden ist, ob dem Gerichte des einen oder des andern Kantons die örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung einer „Widerspruchsklage" zukomme.

In diesen beiden Beziehungen ist es Sache der Rechtsprechung und der Doktrin, die richtige Lösung der Frage zu finden. Sie haben sich denn auch daran gemacht, sind aber weder zu einem allgemein anerkannten, noch, wie uns scheint, zu einem praktisch befriedigenden Ergebnisse gelangt. Im Wesentlichen (s. unten Note auf p. 658) haben sich zwei gegenteilige Auffassungen gebildet. Beide gehen von der

---

[1]) Soviel wir sehen, haben nur wenige Kantone die Gerichtsstandsfrage geregelt; so: *Zürich*, dessen Einführungsgesetz in § 74 lit. *b* rückweisend auf § 72 Ziff. 3 für die Klagen der Art. 107 u. 109 bestimmt, daß sie am „*Ort der Pfändung*" auszuheben seien. — *Luzern*, dessen C. P. O. vom 5. März 1895 in § 50 die Klagen nach Art. 107 — die nach Art. 109 bleiben unerwähnt — dem Gericht unterstellt, „*in dessen Kreis die Pfändung vollzogen wurde*". — *Neuenburg*, dessen C. P. O. vom 29. November 1906 in Art. 451 die eigentlichen Widerspruchsklagen — nicht auch die Teilnahmeklagen — der Art. 107, 109 u. 155 Sch. K. G. („les cas où un tiers revendique un droit de propriété") vor den *Richter der gelegenen Sache* verweist. — *Waadt*, das ebenfalls nur für die eigentlichen Widerspruchsklagen durch Gesetz vom 24. November 1905 in Art. 11 lit. *l* C. P. O. bestimmt hat: „En cas de revendication, par un tiers, d'objets saisis ou séquestrés, l'action ouverte par le tiers ou contre lui est intentée devant *le juge du lieu où la saisie a été opérée* ou le séquestre pratiqué."

Digitized by Google

einheitlichen „Widerspruchsklage“ aus und suchen aus ihrer rechtlichen Natur die Gerichtsstandsnorm abzuleiten:

1. Die eine Ansicht hält die „Widerspruchsklage“ für eine dingliche Klage (rei vindicatio, actio negatoria, actio confessoria) und schließt daraus, es müsse für sie schlechthin, d. h. in allen Fällen der Art. 107 u. 109, der *Gerichtsstand der gelegenen Sache* gelten. Diese Ansicht hat die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Entscheide i. S. Stadlin-Graf (A. S. 24[I] Nr. 39) ausgesprochen und näher begründet und an ihr auch in einem jüngsten Entscheid, i. S. Studer (A. S. 33[I] Nr. 56), festgehalten, freilich weniger entschieden, nachdem inzwischen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz (A. S. 31[II] Nr. 102 i. S. Perret-Gentil und 32[II] Nr. 100 i. S. Warschawsky) die Auffassung der Widerspruchsklage als einer betreibungsrechtlichen Klage durchgedrungen war.[1]) Daß es sich um eine dingliche Klage handle und deshalb der Gerichtsstand der gelegenen Sache Platz greife, nehmen ferner an: Weber und Brüstlein (Kommentar, 1. Aufl., Note 1 zu Art. 107), und Peter (Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. XVII, 1898, S. 394).

2. Dem gegenüber geht die andere Ansicht davon aus, die „Widerspruchsklage“ sei eine Klage betreibungsrechtlicher Natur und unterscheide sich wesentlich von einer gewöhnlichen dinglichen Klage, woraus dann geschlossen wird, es gelte für sie der *Gerichtsstand des Betreibungsortes* und zwar allgemein, in allen Fällen der Art. 107 u. 109. Auf diesem Standpunkt stehen Reichel (Note 3 zu Art. 107 der 2. Aufl. des Kommentars Weber; mit näherer Begründung), Jäger (Kommentar, Art. 107 Note 5 p. 189, „Zwischenentscheidung im Betreibungsverfahren“; s. aber anderseits p. 188 unten), Brand (Archiv XII, zu Nr. 40) und der Verfasser einer Rechtserörterung in Archiv IV unter Nr. 10.

Wir glauben, daß die praktisch richtige Lösung in der Mitte zwischen den beiden Extremen zu suchen sei. Jede

[1]) Der Entscheid Studer erklärt in Erwägung 3 die Klage des Art. 109, um die es sich bei ihm handelte, für eine „action réelle, en ce qui concerne la détermination du for“ und führt dann aus: Wenn das Bundesgericht im Falle Perret-Gentil die „Widerspruchsklage“ als eine „persönliche Klage prozeßrechtlicher Natur“ erklärt habe, so sei das doch nur für die Klage des Art. 107 geschehen und nur hinsichtlich der Frage der Bestimmung des Streitwertes.

Digitized by Google

der zwei Auffassungen hätte in bestimmtem Umfange Recht, würde aber über das Ziel hinausschiessen. Um das Zutreffende einer jeden vom Unzutreffenden auszusondern, halten wir die von uns gemachte Unterscheidung zwischen den Klagen, die das Widerspruchsrecht, und denen, die das Teilnahmerecht zum Gegenstande haben, für nötig.

I. 1. Bei den erstern Klagen ist es dem Drittansprecher — als Kläger (Art. 107) oder als Beklagter (Art. 109) — darum zu tun, *die Sache vom Pfändungsbeschlage freizubekommen*, die Vollstreckung gegen sie abzuwenden, und zwar meistens deshalb, weil er sie als sein *Eigentum* beansprucht. Nehmen wir nun an, in einer in St. Gallen geführten Betreibung behaupte der Gläubiger, daß eine Sache, die ein in Genf wohnender Dritter in seinem Gewahrsam hat, dem betriebenen Schuldner gehöre. Das Betreibungsamt Genf muß sie dann, wenn wenigstens jene Behauptung nicht frivol ist, laut den Art. 89 u. 109 Sch. K. G. als requirirtes Amt pfänden (s. unten Note auf p. 656), was für den Dritten, der möglicher- oder sogar wahrscheinlicherweise wirklich Eigentümer ist, schon einen schweren Eingriff in seine Bewegungsfreiheit bedeutet (den andere Gesetzgebungen nicht zulassen, indem sie nur die Pfändung von Gegenständen im schuldnerischen Gewahrsam und im übrigen bloß die des Herausgabeanspruches gestatten). Soll man nun noch weitergehen und dem Dritten zumuten, daß er, um die Sache freizubekommen, statt in Genf, wo die Sache gepfändet wurde, in St. Gallen sich in ein Prozeßverfahren einzulassen habe? Das wäre gewiß recht unbillig. Die Unannehmbarkeit solcher Konsequenzen mag denn auch der eigentliche, ausschlaggebende Grund gewesen sein, warum die erwähnten Bundesgerichtsentscheide i. S. Stadlin und i. S. Studer den Gerichtsstand des Betreibungsortes abgelehnt haben (wobei zu bemerken ist, daß es sich in den zwei Fällen um die Geltendmachung des Widerspruchs-, nicht des Teilnahmerechtes gehandelt hat). Weniger schroff ist die Lösung zu Gunsten des forum executionis bei Art. 107, wenn also nicht der Dritte den Gewahrsam hat. Aber auch hier wird man, namentlich in Rücksicht auf die häufigen Fälle, wo die Sache sich am Wohnorte des Dritten befindet (im angeführten Beispiele in Genf), sagen müssen, daß eine billige Abwägung der Interessen des Dritten und der Betreibungsparteien (Gläubiger und Schuldner) dazu führt, den Gerichts-

Digitized by Google

stand dahin zu verlegen, wo die Sache gepfändet (s. unten Note auf p. 656) wurde; dies jedenfalls bei Liegenschaften; aber auch, freilich nicht vorbehaltlos (s. unten 4 *b*), bei Beweglichkeiten.

2. *Nötigt nun etwas, den Gerichtsstand des Betreibungsortes als den einzigen und ausschließlichen für alle Fälle der Art. 107 u. 109, also auch für die eigentlichen Widerspruchsklagen anzunehmen?* Wir glauben nicht. Soviel wir sehen, hat man sich hierfür nur auf den theoretischen Satz berufen, daß betreibungsrechtliche Klagen — das betreibungsrechtliche Element in all' den Klagen der Art. 107 u. 109, neben dem dinglichen, verkennen auch wir nicht — wegen ihres Zusammenhanges mit der Betreibung stets da zu erledigen seien, wo diese geführt wird.

Das Gesetz spricht diesen Satz aber nirgends aus. Auch durch Auslegung läßt er sich in dieser Allgemeinheit nicht aus ihm entnehmen. Wohl aber kann er in beschränktem Umfange Geltung beanspruchen: nämlich für die *betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, die sich zwischen den im Betreibungsverfahren Beteiligten abspielen,* wozu namentlich die Teilnahmeklagen der Art. 107 u. 109 Sch. K. G. gehören (unten II; ferner die Klagen aus den Art. 111, 140 u. 148, die Aberkennungsklage etc.). Hier darf man dem Beteiligten wohl zumuten, daß er — bei Art. 107 als Kläger und bei Art. 109 als Beklagter — da sein Recht verfolge, wo die Betreibung geführt wird und wo er sein Recht auch im übrigen geltend machen muß, d. h. auch soweit es sich nicht um dessen Geltendmachung im Civilprozeß, sondern im betreibungsamtlichen Verfahren, namentlich dem Lastenverzeichnis-, Kollokations- und Verteilungsverfahren handelt. Dafür hat er denn auch umgekehrt, wenn er als Gläubiger das Recht eines Mitgläubigers bestreiten will, ebenfalls auf den Gerichtsstand des Betreibungsortes Anspruch, mag er Kläger oder Beklagter sein. Dieser Gerichtsstand bedeutet hier überall eine Gleichstellung der Interessen aller streitenden Parteien; und die Vorteile, die darin liegen, daß das Verfahren mit Inbegriff der das Teilnahmerecht liquidirenden gerichtlichen Incidente, am gleichen, für die Vollstreckung zentralen Orte durchgeführt wird, kommen im allgemeinen sämtlichen Beteiligten, soweit sie mit dem Verfahren zu tun haben, zu gute.

Anders verhält es sich mit den *Streitigkeiten zwischen Beteiligten und Dritten,* die dem Betreibungsverfahren als

Digitized by Google

Fremde gegenüber stehen und als Fremde sich dagegen wehren wollen, daß die Betreibung ungerechtfertigter Weise in ihre Vermögenssphäre übergreife. Hierzu gehören diejenigen Klagen der Art. 107 u. 109, die das Widerspruchsrecht betreffen, bei denen es sich also darum handelt, ob die streitige Sache aus der Pfändung zu entlassen sei oder nicht; (im weitern gehören hieher die unten noch näher zu erwähnenden konkursrechtlichen Vindikationsklagen, die Anfechtungsklage etc.). In all' diesen Fällen setzt man die Interessen des Drittansprechers unbilliger Weise hinter die der Betreibungsparteien zurück, wenn man ihn zwingt, am Betreibungsorte Recht zu nehmen, statt da, wo die Pfändungshandlung die Sache erfaßt hat und wo überhaupt seine Vermögenssphäre von dem Executionsverfahren berührt worden ist. Für die Annahme, daß das Gesetz diese Regelung, deren Unbilligkeit oben schon näher dargestellt wurde, stillschweigend wolle, fehlt ein genügender Anhaltspunkt; und namentlich kann jener Satz, wonach der Gerichtsstand des Betreibungsortes aus dem Zusammenhange des Zivilprozesses mit der Betreibung sich ergeben solle, hier nicht als gesetzliche Norm gelten.

Der Hinweis auf die Gerichtsstandsbestimmung des § 771 des deutschen C. P. O. entkräftet das Gesagte nicht. Vor allem hatte der deutsche Gesetzgeber bei Aufstellung dieser Bestimmung gar nicht mit dem Falle zu rechnen, wo der Drittansprecher im Gewahrsam ist, also dem Falle, womit sich der Gerichtsstand des Vollstreckungsortes am wenigsten verträgt. Und im übrigen war für ihn der Vorteil, die Widerspruchsklage vor das Vollstreckungsgericht zu verweisen, wesentlich größer, als er bei uns nach der derzeitigen Organisation wäre, indem das deutsche Vollstreckungsgericht in Verbindung mit dem ihm unterstellten Gerichtsvollzieher die Vollstreckungsbehörde selbst bildet, während bei uns der Richter im Widerspruchsprozesse ganz unabhängig von unserer Vollstreckungsbehörde (Betreibungsamt und Aufsichtsbehörde) ist und mit dem Betreibungsverfahren im engern Sinne nichts zu tun hat, so daß es weniger darauf ankommt, ob der Prozeß am Orte der Betreibung selbst geführt wird oder nicht. Will man übrigens mit den ausländischen Gesetzgebungen argumentiren, so entspricht unserer Auffassung das französische Recht, wonach für die Widerspruchsklage im eigentlichen Sinne (demande en distraction) nicht das Vollstreckungsgericht (Tribunal d'exécu-

Digitized by Google

tion; code proc. art. 554), sondern das Gericht des Pfändungsortes (Tribunal du lieu de la saisie) zuständig ist, was das Gesetz (in art. 608 c. p.) für die Mobiliarpfändung, die saisie-exécution, ausdrücklich bestimmt und was auch für die Immobiliarpfändung, die saisie-immobilière, gilt (s. Rivière, Pandectes françaises, Art. „Saisie-immobilière" Nr. 1588 u. 1841 und Art. „Exécution" Nr. 483). Unsere Widerspruchsklage des Art. 109 sodann wird im französischen Recht behandelt als eine Klage gegenüber dem Dritten, der die Pflicht zur Herausgabe der gepfändeten (mit saisie-arrêt belegten) Sache bestreitet, und es greift für sie nach Art. 570 c. p. der Gerichtsstand des Wohnortes des Dritten, also wiederum nicht der des Vollstreckungsgerichtes, Platz.

Zur Bestärkung unserer Ausführungen mag noch auf jene konkursrechtlichen Klagen hingewiesen werden, die den betreibungsrechtlichen, bei denen die Freigabe einer Sache aus der Pfändung in Frage steht, entsprechen, bei denen es sich also darum handelt, ob eine Sache dem Konkursbeschlage unterliege oder ob dies deshalb nicht der Fall sei, weil sie einem Dritten als (beschlagsfreies) Eigentum gehört. Dem Art. 106/7 entspricht im Konkurse der Art. 242, dem Art. 109 der im Gesetze nicht ausdrücklich vorgesehene Fall, wo der Dritte die Sache im Gewahrsam hat und die Konkursverwaltung sie von ihm als Massegut herausverlangt.[1]) Im letztern Falle scheint uns der Gerichts-

[1]) Ein Unterschied zwischen dem Konkurs und der Pfändung besteht freilich darin, daß dort der Executionsbeschlag durch die generelle Verfügung des Konkurserkenntnisses zu Stande kommt, die das gesamte gesetzlich dem Beschlag unterstellbare Vermögen als ihm unterstellt erklärt und dabei das einzelne dem Beschlag unterstellte Vermögensstück nicht spezialisirt, während die Pfändung gegen das einzelne Vermögensstück als solches sich richtet und es als Pfändungsobjekt individuell bestimmt. Bei den konkursrechtlichen Klagen ist deshalb zu prüfen, ob das Konkurserkenntnis mit seinen gesetzlichen Wirkungen auch diesen Gegenstand dem Konkursbeschlage wirklich *unterstellt* habe oder nicht; bei den die Freigabe betreffenden betreibungsrechtlichen Klagen, ob der durch die Pfändung bewirkte Executionsbeschlag ungerechtfertigt Dritteigentum erfaßt habe und der Dritte deshalb seine *Aufhebung* verlangen könne oder nicht. Für die Gerichtsstandsfrage hat dies folgende Bedeutung: Bei den konkursrechtlichen Klagen kommt man (soweit der Gerichtsstand des Konkursortes oder des Wohnsitzes des Beklagten abzulehnen ist) dazu, kurzweg den Gerichtsstand der gelegenen Sache anzunehmen. Bei den betreibungsrechtlichen Klagen dagegen bleibt die weitere Möglichkeit, sich für einen Gerichtsstand des Pfändungsortes, des Ortes, wo sich der individuelle Beschlagsakt abspielt, zu entscheiden, wie wir dies im Nachfolgenden tun.

Digitized by Google

stand des Konkursortes zum vornherein ausgeschlossen. Er würde zu ähnlichen Unbilligkeiten wie bei Art. 109 der des Betreibungsortes führen, und es fehlt für ihn auch jeder gesetzliche Anhaltspunkt. Was aber den Art. 242 anbelangt, so ist bezeichnend, daß das Gesetz hier den Gerichtsstand des Konkursortes nicht vorschreibt, während es dies in Art. 250 für die konkursrechtlichen Teilnahmeklagen tut. Wir würden deshalb, und weil eine billige Berücksichtigung der Interessen des Drittansprechers es erfordert, nicht nur im vorher besprochenen Falle, sondern auch in dem des Art. 242, den Richter des Ortes, wo sich die Sache befindet, als zuständig ansehen, und zwar bei Grundeigentum allgemein, bei beweglichen Sachen mit dem unten noch zu erwähnenden Vorbehalte des forum domicili (das sich für den Art. 242 mit dem Gerichtsstand des Konkursortes deckt, da die Masse, nicht der einzelne Gläubiger, beklagte Partei ist). In ähnlichem Sinne äußert sich Reichel (Art. 242 Note 4), abweichend Jäger Art. 242 Note 6 p. 444).

3. Nach all' dem verwerfen wir die Ansicht, daß für die eigentlichen Widerspruchsklagen der Art. 107 u. 109 (die Klagen, bei denen es sich um Freigabe der gepfändeten Sache handelt) der Gerichtsstand des Betreibungsortes Platz greife. Anderseits scheint uns die gegenteilige Ansicht, die von einem Gerichtsstand der gelegenen Sache spricht, nicht ganz richtig formulirt, weil das durch die Pfändung geschaffene betreibungsrechtliche Verhältnis mit in Betracht zu ziehen ist. Zutreffender scheint es uns, hier einen *Gerichtsstand des Pfändungsortes*[1]) anzunehmen. Der Pfän-

[1]) Der *Betreibungsort* und der *Pfändungsort* dürfen nicht etwa identifizirt werden mit der Begründung: das Betreibungsamt, bei dem die Betreibung geführt wird, nehme auch die Pfändung vor, weil das von ihm requirirte Amt, in dessen Kreis sich die zu pfändende Sache befindet, beim Pfändungsakte nur als rein ausführendes Organ handle. Vielmehr vollzieht das requirirte Amt die Pfändung als selbständige Amtshandlung kraft eigener Amtsgewalt, nicht kraft der des requirirenden Amtes. Es befindet frei und unter seiner eigenen Verantwortlichkeit darüber, wie es die für die Pfändung geltenden Gesetzesvorschriften im Bereich seines Kreises anzuwenden habe, und soll und braucht sich hierbei nicht an Weisungen des requirirenden Amtes zu halten. Wenn auch im Pfändungsauftrag dieses Amtes eine verbindliche Weisung enthalten ist, so betrifft sie doch nicht Form und Inhalt der verlangten Vollstreckungshandlung, sondern die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit, die Frage, ob und wieweit Vollstreckbarkeit, ein „rechtskräftiger

Digitized by Google

dungsvollzug ist es ja, durch den in die Interessen des Dritten eingegriffen wird; und um dessen Wirkungen zu beseitigen, muß der Dritte den Prozeß anheben oder aufnehmen. Gestritten wird darüber, ob er kraft seines Drittrechtes der Pfändung widersprechen und sie dadurch zur Aufhebung bringen könne oder nicht (s. unsere Ausführungen unter II des Anfangs erwähnten Aufsatzes). Deshalb ist da, wo gepfändet wurde, auch der Rechtsstreit zu führen. Praktisch deckt sich dieser Gerichtsstand im wesentlichen mit dem der gelegenen Sache, da der Ort der Pfändung sich nach dem Orte bestimmt, wo die zu pfändende Sache sich befindet. Der Unterscheidung kommt immerhin zunächst insoweit Bedeutung zu, als, wenn einmal die örtliche Zuständigkeit zum betreibungsamtlichen Pfändungsvollzuge rechtskräftig feststeht, sich darnach auch der örtlich zuständige Richter bestimmt, und im Widerspruchsprozesse nicht mehr darüber gestritten werden kann, wo das gepfändete Vermögensstück sich befinde (eine Frage, die sonst bei unkörperlichen Sachen, bei Liegenschaften auf dem Gebiete zweier Gerichtskreise u. s. f. streitig werden könnte). Sodann ist zu bemerken, daß viele kantonale Prozeßgesetze den Gerichtsstand der gelegenen Sache bei Beweglichkeiten nicht kennen, weshalb einzig der aus betreibungsrechtlichen Gesichtspunkten abzuleitende Gerichtsstand des Pfändungsortes eine den Verhältnissen angemessene inter- und innerkantonale Norm im Sinne des oben (a. A. Abs. 4 u. 5) Gesagten darstellt, was nachher noch näher begründet wird.

4. Gegen den Gerichtsstand der gelegenen Sache —

Zahlungsbefehl[4], vorliege und für welchen Betrag im Kreise des requirirenden Amtes pfändungsweise Deckung zu suchen sei. Die gleiche Ansicht hat das Bundesgericht im Falle Stadlin (a. a. O. p. 229) ausgesprochen, nachdem damals das zürcherische Obergericht vorinstanzlich das kantonale Einführungsgesetz (s. oben Note auf p. 650) gegenteilig ausgelegt hatte.

Die *Klagaufforderung* erfolgt nach geltender Praxis durch das requirirende nicht das requirirte Betreibungsamt. Ob das richtig sei, braucht hier nicht geprüft zu werden, da es keine Bedeutung für die Gerichtsstandsfrage hat. Die Klagaufforderung enthält nämlich gegenüber dem Aufgeforderten keine verbindliche Weisung, vor einem bestimmten Richter als dem örtlich zuständigen zu klagen. Vielmehr prüft der Richter, an den sich der Aufgeforderte — auf Anraten des Betreibungsamtes oder ohne solche — wendet, ganz selbständig seine Kompetenz. Ueber die Kompetenzfrage kann also das Betreibungsamt keine Verfügung und die Aufsichtsbehörde keinen Beschwerdeentscheid treffen (Anders Archiv XII Nr. 40).

Digitized by Google

und damit den des Pfändungsorts — ist eingewendet worden (von Brand, in Archiv XII, N° 40), er zwinge die Parteien unter Umständen, den Widerspruchsprozeß an einem von ihren Wohnorten und dem Betreibungsorte verschiedenen Orte durchzuführen. Soweit damit gesagt werden will, der Gerichtsstand des Betreibungsortes verdiene auch bei den die Freigabe betreffenden Klagen vor dem der gelegenen Sache oder des Pfändungsortes den Vorzug, haben wir unsere gegenteilige Auffassung im Vorstehenden schon begründet. Soweit aber damit der *Gerichtsstand des Wohnsitzes* des Beklagten dem der gelegenen Sache oder des Pfändungsortes vorgezogen wird — womit eine Seite unserer Frage berührt wird, die meistens unberücksichtigt blieb [1]) — bemerken wir folgendes: Zunächst sind die Widerspruchs- und Teilnahmeklagen der Art. 107 u. 109 keine persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 B. V., mag man nun in ihnen rein dingliche (s. hierüber den Entscheid Studer A. S. 33[I], N° 56, Erwg. 5) oder rein betreibungsrechtliche (s. hierüber A. S. 24[I], N° 37, Erwg. 4) Klagen erblicken, oder, wie wir es tun, Klagen, die ein dingliches und ein betreibungsrechtliches Element enthalten. Der Gerichtsstand des Wohnortes ist daher im interkantonalen Rechtsverkehr nicht etwa schon verfassungsmäßig gegeben. Schließt man ihn nun schlechthin zu Gunsten desjenigen der gelegenen Sache oder des Pfändungsortes aus, so kann es, wie Brand hervorhebt, dazu kommen, daß die Parteien an einem von ihren Wohnorten verschiedenen Orte prozessieren müssen. Dabei ist aber zu beachten, daß dieser Nachteil dem Gerichtsstand der gelegenen Sache im allgemeinen innewohnt, unabhängig davon, ob es sich um eine gewöhnliche dingliche oder um eine betreibungsrechtliche Klage der Art. 107 oder 109 handelt, und daß das trotzdem die kantonalen Prozeßgesetze nicht abgehalten hat, diesen Gerichtsstand in bestimmtem, bald größerm, bald kleinerm Umfange für die gewöhnlichen dinglichen Klagen aufzustellen, soweit ausschlaggebende Gründe dafür zu sprechen schienen. Wie bei der Aufstellung dieser kantonalen Gerichtsstandsnormen handelt

[1]) Soviel wir sehen, berücksichtigt sie neben Brand nur noch der Kommentar *Brüstlein-Ramberg* (Note 1 zu Art. 107), der für die Klagen des Art. 107, vorbehältlich gegenteiliger kantonaler Bestimmungen, den Gerichtsstand des Wohnortes des betriebenen *Schuldners* annimmt, über den Gerichtszustand der Klagen des Art. 109 aber sich nicht äußert.

Digitized by Google

es sich auch bei unserer Frage darum, die Gründe, die für den Gerichtsstand des Wohnortes und diejenigen, die für den der gelegenen Sache oder des Pfändungsortes sprechen, gegen einander abzuwägen, um daraus die den Widerspruchsprozessen der Art. 107 u. 109 angemessene und für sie gültige Gerichtsstandsnorm zu bestimmen (vgl. Art. 1, Abs. 2 u. 3 des schweizerischen C. G. B.). Hierbei muß, im Gegensatz zu den gewöhnlichen dinglichen Klagen, noch als besonderer Umstand das betreibungsrechtliche Element in unsern Klagen mitberücksichtigt werden, wonach man es mit der Freigabe eines gepfändeten Vermögensstückes zu tun hat. Diesem Umstande kommt eine doppelte Bedeutung zu: Zunächst stellt sich mit ihm die Frage, ob nicht dem Pfändungsakte eine gewisse Attraktivkraft zu Gunsten eines Gerichtsstandes des Pfändungsortes zuzuschreiben sei, was einen weitern Grund für die Ablehnung des Wohnsitzgerichtsstandes bilden kann. Und sodann vermag der genannte Umstand die Ansicht zu stützen, daß auch in den vielen Kantonen, die den Gerichtsstand der gelegenen Sache bei Beweglichkeiten nicht kennen, für die Widerspruchsklagen der Gerichtsstand des Pfändungsortes — auch im innerkantonalen Rechtsverkehr — anzuerkennen sei, weil eben dieser Gerichtsstand aus der betreibungsrechtlichen Natur unserer Klagen sich ergebe, unabhängig von den für die gewöhnlichen dinglichen Klagen geltenden Gerichtsstandnormen. Von diesen Erwägungen geleitet, gelangen wir des nähern zu folgender Auffassung:

a) Bei der Pfändung von *Liegenschaften* gilt ausschließlich der *Gerichtsstand des Pfändungsortes* und ist also der des Wohnortes schlechthin ausgeschlossen. Denn hier wird der Gerichtsstand der gelegenen Sache für die gewöhnlichen dinglichen Klagen von den kantonalen Prozessordnungen allgemein als ausschließlicher anerkannt, offenbar weil er sich praktisch als der allein gerechtfertigte erwiesen hat. Die unveränderliche Lage der Sache an einem bestimmten Orte führt hier dazu, den Gerichtsstand in zwingender Weise darnach zu bestimmen. Die betreibungsrechtliche Natur unserer Klagen gibt noch einen Grund mehr ab, diesen Gerichtsstand im Sinne eines solchen des Pfändungsortes dem des Wohnsitzes unbedingt vorzuziehen.

b) Nicht so weit darf man bei der Pfändung von *Beweglichkeiten* gehen: Zwar ist auch hier dem Kläger — dem „Dritten" bei Art. 107 und dem Gläubiger bei Art. 109

Digitized by Google

— das Recht einzuräumen, seinen Gegner *am Pfändungsorte* zu belangen, und zwar gleichgültig, ob die kantonale Prozeßordnung für gewöhnliche dingliche Klagen den Gerichtsstand der gelegenen Sache zulasse oder nicht. Wir folgern das aus der betreibungsrechtlichen Natur unserer Klagen, wonach da, wo der Dritte die Pfändung der Sache geschehen zu lassen hat, auch der Rechtsstreit um ihre Freigabe muß geführt werden können. Zudem kann die Möglichkeit, am Pfändungsorte statt am Wohnorte des Beklagten zu prozessieren, dem Kläger einen wesentlichen und gerechtfertigten Vorteil bieten, namentlich dann, wenn er als Drittansprecher gegen mehrere betreibende Gläubiger klagen muß.

Dagegen halten wir den Kläger nicht für gebunden, am Pfändungsorte zu klagen, sondern für befugt, seine Klage *auch am Wohnorte* des Beklagten anzubringen. Diese Alternative läßt sich ihm einräumen, weil bei der Pfändung von Beweglichkeiten nicht so zwingende Gründe für einen ausschließlichen Gerichtsstand des Pfändungsortes oder der gelegenen Sache sprechen, wie denn auch die wenigern Kantone die gewöhnlichen dinglichen Mobiliarklagen ausschließlich dem forum rei sitae unterstellen, [1]) die meisten aber entweder daneben das forum domicili des Beklagten zulassen, [2]) oder sogar dieses als einziges vorschreiben. [3]) Der Beklagte aber kann keinen begründeten Einwand erheben, wenn der Kläger, statt auf der Attraktivkraft des Pfändungsaktes zu bestehen, ihn vor seinem natürlichen Richter ansucht.

Bejaht man die — hier nicht näher zu erörternde — Frage, ob verschiedene betreibende Gläubiger als *Streit-*

---

[1]) Dazu gehören: *Aargau* (C. P. O. vom 12. März 1900, § 12 lit. *a*); *Bern* (C. P. O. vom 3. Brachmonat 1883, § 14); *Luzern* (C. P. O. vom 5. März 1895, § 47); *Nidwalden* (C. P. O. vom 29. April 1900, § 13); *Schwyz* (C. P. O. vom 7. Februar 1890, § 7); *Thurgau* (C. P. O. vom 1. Mai 1867, § 13); *Zug* (C. P. O. vom 15. Oktober 1863, § 10).

[2]) So: *Baselland* (C. P. O. vom 20. Februar 1905, § 22 Abs. 2), und *St. Gallen* (C. P. O. vom 31. Mai 1900, Art. 44 u. 52 Ziff. 3).

[3]) So: *Freiburg* (C. P. O. vom 1. Januar 1850, Art. 21); *Glarus* (C. P. O. vom 3. Mai 1895, § 9 Ziff. 6); *Neuenburg* (C. P. O. vom 29. November 1906, Art. 8 u. 11); *Schaffhausen* (C. P. O. vom 25. Juni 1869, §§ 100 u. 103); *Solothurn* (C. P. O. vom 27. Februar 1891, §§ 20 u. 22); *Tessin* (C. P. O. vom 4. Mai 1899, Art. 14 u. 15); *Waadt* (C. P. O. vom 25. November 1869, abgeändert durch Gesetz vom 24. November 1905, Art. 8 u. 9); *Wallis* (C. P. O. vom 30. Mai 1856, §§ 15 u. 16); *Zürich* (C. O. P. vom 2. Dezember 1874, §§ 209 u. 213).

Digitized by Google

genossen gegen den Dritten klagen (Art. 109) oder von ihm beklagt werden (Art. 107) können oder müssen, so ist als Gerichtsstand der Streitgenossenschaft der des Pfändungsortes anzusehen und kann der an seinem Wohnorte Beklagte, solange ihm die Einrede der Streitgenossenschaft zusteht, die Uebertragung des Prozesses an den Pfändungsort verlangen.

Aus der betreibungsrechtlichen Natur unserer Klagen schließen wir, wie schon angedeutet, daß die von uns angenommenen Gerichtsstandsnormen nicht nur in inter-, sondern *auch in innerkantonaler Beziehung* gelten und zwar letzteres auch dann, wenn das kantonale Prozeßrecht für die gewöhnlichen dinglichen Klagen andere Gerichtsstände aufstellt. Praktisch bietet das den Vorteil, daß damit, soweit nicht positive Bestimmungen eines Kantons über die Gerichtsstände der Art. 107 und 109 entgegenstehen — was nur in geringem Umfange der Fall ist (s. Note 1 auf Seite 650) — eine einheitliche Regelung für das ganze Gebiet der Schweiz gegeben ist, in einem Punkte, bei dem eine inhaltliche Verschiedenartigkeit der kantonalen Normen Rechtsunsicherheit zur Folge hat und den das Sch. K. G. im Interesse seiner richtigen Ausführung eigentlich von sich aus hätte durch bundesrechtliche Bestimmungen ordnen sollen.

II. Zu erörtern bleiben noch hinsichtlich unseres Gegenstandes diejenigen Klagen der Art. 107 und 109, bei denen es sich statt um die Freigabe der gepfändeten Sache um das *Recht des Dritten auf Teilnahme am Vollstreckungsverfahren*, soweit dieses sich gegen die gepfändete Sache ergreift, handelt, was namentlich zutrifft, wenn der Drittansprecher ein *Pfandrecht* an der Sache beansprucht und als Pfandberechtigter am Verfahren teilnehmen will. Hier nun halten wir mit jener zweiten Ansicht (s. S. 651) den *Gerichtsstand des Betreibungsortes* als dem Gesetze und den Bedürfnissen der Praxis entsprechend, und zwar sowohl in inter- als innerkantonaler Beziehung, wobei es in letzterer wiederum nicht darauf ankommt, wieweit das kantonale Prozeßrecht für gewöhnliche Pfandklagen einen Gerichtsstand der gelegenen Sache kenne oder nicht. Unsere Begründung hierfür ist im wesentlichen bereits in den vorangegangenen Ausführungen (namentlich unter I, 2, Abs. 2) enthalten. Noch folgendes mag ihnen beigefügt werden:

Wie wir bereits am Schlusse unseres frühern Aufsatzes bemerkt haben, gehören die Teilnahmeklagen der Art. 107

Digitized by Google

und 109 systematisch zu den Klagen der Art. 111, 140 und 148, bei denen es sich ebenfalls um das Recht zur Teilnahme am Betreibungsverfahren handelt. Namentlich sind sie mit der Kollokationsklage des Art. 148 nahe verwandt, indem sie im wesentlichen als anticipierte Klagen auf Kollokation gelten können. Nun sieht aber Art. 148 den Gerichtsstand des Betreibungsortes ausdrücklich vor. Es wäre deshalb gewiß eigentümlich, wenn der Pfandansprecher, der den Prozeß im Verfahren des Art. 107 oder 109 führt, das vor einem andern Richter tun müßte, als wenn er im Verfahren des Art. 148 handelt. Sodann ist auch in diesem Zusammenhang daraut aufmerksam zu machen, daß das Gesetz die konkursrechtlichen Teilnahmeklagen des Art. 250 Sch. K. G. ausdrücklich vor den Richter des Konkursortes verweist und zwar ohne die Fälle auszunehmen, bei denen über ein dingliches Recht als Voraussetzung des Ranges der Kollokation erkannt werden muß.

Nur von untergeordneter Bedeutung scheint uns das gegen unsere Auffassung mögliche, hauptsächlich für die Liegenschaftspfändung verwendbare Argument: der Richter des Betreibungsortes eigne sich weniger als der der gelegenen Sache, den Bestand des geltend gemachten Drittrechtes zu prüfen. Jener Richter kommt ja auch sonst, namentlich bei der Prüfung von Kollokationsklagen, vielfach in den Fall, fremde Rechtsnormen anzuwenden. Übrigens wird dieser Einwand mit dem Inkrafttreten des schweizerischen Z. G. B. seine praktische Tragweite verlieren.

Mit den vorstehenden Ausführungen gelangen wir zu folgendem

Ergebnis:

Sowie die in den Art. 107 u. 109 Sch. K. G. vorgesehenen Klagen sich nicht zu einer einheitlichen „Widerspruchsklage" zusammenfassen lassen, so verbieten es auch theoretische und praktische Gründe, für diese Klagen einen einheitlichen Gerichtsstand anzunehmen. Vielmehr greifen sowohl im inter- als im innerkantonalen Rechtsverkehr — im letztern immerhin unter Vorbehalt anders lautender ausdrücklicher Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung, die zur Ausführung der Art. 107 u. 109 erlassen wurden — *folgende Gerichtsstände* Platz:

I. Bei den Klagen, die das Widerspruchsrecht betreffen, bei denen es sich also um *Freigabe der gepfändeten Sache*

Digitized by Google

handelt, namentlich weil der Dritte Eigentum daran beansprucht:

1. wenn *Liegenschaften* gepfändet wurden, ausschließlich der Gerichtsstand des *Pfändungsortes;*
2. wenn *Beweglichkeiten* gepfändet wurden, nach Wahl des Klägers alternativ der Gerichtsstand des *Pfändungsortes* oder der des *Wohnsitzes* des Beklagten.

II. Bei den Klagen, die das Teilnahmerecht betreffen, bei denen es sich also um die *Teilnahme des Dritten an der Vollstreckung* gegen die gepfändete Sache handelt, namentlich weil der Dritte Pfandrecht daran beansprucht, ausschließlich der Gerichtsstand des *Betreibungsortes.*

P. S. — Zu p. 651, Ziff. 1 und Note 1. Nachdem dieser Aufsatz druckfertig gestellt war, hat der Verfasser noch Kenntnis erhalten von dem Entscheide des Bundesgerichtes (staatsrechtliche Abteilung) i. S. A. Barth c. A. Zimber vom 3. Oktober 1908. Es handelte sich hier um eine Klage des Dritten nach Art. 107 auf Freigabe einer beweglichen Sache. Das Gericht hat, unter Berufung auf die Ausführungen des Entscheides i. S. Studer (die den Art. 109 betrafen), den Gerichtsstand der gelegenen Sache in interkantonaler Beziehung auch auf den genannten Fall des Art. 107 ausgedehnt und dabei diesen Gerichtsstand als mit dem des „Ortes des Pfändungsvollzuges" identisch angesehen. Ob daneben noch der Gerichtsstand des Wohnortes des Beklagten anzuerkennen sei, hat es offen gelassen.

Bernischer Juristenverein.

Diskussionstag über den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Z. G. B.

28. November 1908.

Dem Beschluß vom 26. Oktober 1908 (s. Z. d. bern. Jur.-Ver., XLIV, 603 ff.) entsprechend, hatte der Vorstand auf Samstag den 28. November 1908 zur Beendigung der Beratungen über den Entwurf eines kantonalen Einführungsgesetzes zum Z. G. B., einen Diskussionstag einberufen. Im Café Merz fanden sich unter dem Vorsitz von Oberrichter Thormann 44 Mitglieder ein, worunter der Verfasser des

Digitized by Google

Entwurfs, Nationalrat Bühlmann, der Redaktor des Z. G. B., Professor Dr. Huber, und der Justizdirektor, Regierungrat Simonin.

Es hat der Versammlung beliebt, dem Protokoll nicht die Form verkürzter Wiedergabe der einzelnen Voten zu geben, sondern den eines Berichts über die Verhandlungen und deren Ergebnisse, die freilich in keinem Punkte sich zu Beschlüssen irgend welcher Art kristallisiert haben. In dem Bericht erscheint es immerhin als angemessen, die Aeußerungen des Referenten als solche zu kennzeichnen.

Grundlage der Verhandlungen bildete der Entwurf der Expertenkommission vom 7. IX. 08; er befindet sich in den Händen aller Mitglieder und wird in diesem Bericht zitiert. Er ist seither mit Erläuterungen versehen und mit Bezug auf den Wortlaut von § 12,[1]) § 63,[2]) § 68, § 106, § 110, sowie durch Einfügung eines neuen § 119 verändert worden.[3])

II. TITEL.

Organisatorische Bestimmungen und kantonales Zivilrecht.

Vierter Abschnitt.

Erbrecht.

§ 65. Zerstückelung.

Aus der Erwägung, daß die Nichtigkeit der das Zerstückelungsverbot mißachtenden Teilungsverträge eine zu strenge und die Rechtssicherheit gefährdende Folge darstelle, während die Anfechtbarkeit praktisch unwirksam erscheine, erklärt der Referent sein Einverständnis mit der Aufnahme einer Redaktion, die als Ordnungsvorschrift die Eintragung solcher Teilungsvorträge ins Grundbuch untersagen würde. Die hiefür von Oberrichter Merz vorgeschlagene Fassung von Abs. 2 wird nicht angefochten; sie lautet:

---

[1]) Hier wurde der letzte Absatz gestrichen: der Uebersetzer kann beim Notariatsakt nicht mehr Zeuge sein.

[2]) Ausser Art. 620 wird auch 621 Z. G. B. als eine der Voraussetzungen zitiert, unter denen der jüngste Sohn sein Vorrecht ansprechen kann.

[3]) Die neuen Formulierungen der §§ 68, 106, 110 und 119 werden an ihrer Stelle anmerkungsweise wiedergegeben; von § 119 an ist die Nummerierung je um eine Einheit verschoben (§ 120 wird § 121 u. s. f.).

Digitized by Google

„Teilungen über Grundstücke, soweit sie diesen Vor-
„schriften widersprechen, sind zur Eintragung ins Grund-
„buch nicht zuzulassen."

§ 66. Schatzung von Grundstücken bei Erbteilungen.

Nicht einverstanden ist dagegen der Referent mit dem andern Antrag von Oberrichter Merz, der in der Zusammensetzung der Schatzungskommission, wie sie sich nach dem E. aus der Verbindung von § 66 mit § 89 ergibt, keine hinreichende Garantie sachgemäßen und unbefangenen Verfahrens erblickt und folgende Fassung vorschlägt:

„Die Feststellung .... erfolgt durch drei vom Gerichts-
„präsidenten nach Vorschrift des Zivilprozesses zu ernen-
„nende Sachverständige, die in der Regel aus den Mitglie-
„dern der in § 89 genannten Kommissionen zu wählen sind
„und gegebenen Falls mit Majorität entscheiden."

Nach der Auffassung der Expertenkommission sollte, wie der Referent ausführt, die Herübernahme der für amtliche Schatzungen im Verpfändungsfalle amtenden Kommissionen tunlichste Continuität der Praxis und möglichst hohe Sachkenntnis gewährleisten. Diesem Zweck würde nach Ansicht des Referenten § 66 auch dann noch, und zwar bei größerer Einfachheit der Regelung, dienen, wenn nur auf Ziffer 1, statt auch auf Ziffer 2, von § 89 Bezug genommen würde. Die eventuelle Anregung von Oberrichter Merz, dann wenigstens ein Recusationsrecht der Parteien vorzusehen, wird nicht beanstandet.

Fünfter Abschnitt.

Sachenrecht.

§ 68. Nachbarrecht.

Das Nachbarrecht hat auf Grund der an der Hauptversammlung gefallenen Bemerkungen eine neue Fassung erhalten. Einerseits ist der für öffentlich-rechtliche Bauvorschriften aufgestellte Vorbehalt (Abs. 2 alt) erweitert durch Erwähnung des sog. Alignementsgesetzes und der auf dessen Grundlage erlassenen Gemeindevorschriften öffentlich- und privatrechtlicher Natur. Anderseits sind die schärfern Nachbarrechtsvorschriften wiederum (wie im E. der Redaktionskommission) auf den neuen Kantonsteil beschränkt.

Digitized by Google

§§ 71—83. Bodenverbesserungen.

Eine Genehmigung der ausgeführten Unternehmung durch den Regierungsrat vor der Aufnahme der neuen Flureinteilung ins Grundbuch (wie sie in Art. 10 des Entwurfs von 1883 über Flurgenossenschaften vorgesehen war) hält der Referent namentlich mit Rücksicht auf § 76 nicht für erforderlich.

§§ 85—89. Grundpfandrechte.

Ueber die Frage, ob mit dem Vorbehalt (§ 85) des Gesetzes über die Errichtung von Alpseybüchern (21. März 1854) auch dessen Bestimmung (Ziffer 7) vorbehalten werde, daß die Pfandverträge über Seyrechte der Grundbucheintragung unterliegen, wird zwischen dem Referenten und dem Vorsitzenden Einigung nicht erzielt. Nach Ausführung des Referenten ist die Meinung des E. G., daß nur die geseyete Alp als solche ins Grundbuch aufzunehmen sei, während die Verfügung über das einzelne Recht mit der Eintragung ins Alpseybuch wirksam werde.

Der Hinweis auf die Einführung der „purge hypothécaire" für den ganzen Kanton (§ 66) ruft keinem Widerspruch.

§§ 93—99. Grundbuch.

Es wird eine allgemeinere Fassung von § 94, Abs. 3, befürwortet zu dem Zwecke, die Teilung des Grundbuchamts auch für andere Bezirke, als den von Bern, zu ermöglichen.

Im Anschluß an das Grundbuchrecht wird als Gegenstand des Besitzesrechts das Verschwinden der Strafsanktion für Verbotsübertretungen (C. Satz. 362 bis 370) bedauert und es wird angeregt, den Besitzesschutz durch Aufnahme einer Strafbestimmung ins Einführungsgesetz zu verstärken, oder zum Mindesten den bestehenden Verboten den ihnen bisher zukommenden Strafschutz auch für die Zukunft zu gewährleisten. Der Schadenersatz wird als für das praktische Bedürfnis, das in Prophylaxis gipfelt, durchaus ungenügend bezeichnet.

Anerkannt wird vom Referenten und andern Rednern, daß die Kantone zuständig sind, dem privatrechtlichen Besitzesschutz des Z. G. B. durch besondere Bestimmung eine strafrechtliche Sanktion beizufügen und auch, daß für weite Kreise ein wirkliches Bedürfnis dafür empfunden werde.

Digitized by Google

Dagegen bildet sich keine einhellige Meinung darüber, ob eine solche Strafandrohung im Strafrecht, oder, weil sie bisher im Zivilgesetzbuch gestanden, im Einführungsgesetz ihre Stelle habe.

Schster Abschnitt.

Oeffentliche Versteigerung.

§ 102. Protokoll.

Die Notwendigkeit, *alle Angebote zu protokollieren*, wird von jurassischer Seite angefochten, weil diese Vorschrift mit Rücksicht auf bestehende Steigerungsbräuche (Angebot durch Augenzwinkern oder Kopfnicken) praktisch kaum durchführbar erscheine. Es könne für den nötig werdenden Rückgriff auf den frühern Bieter füglich auch als genügend gelten, wenn man etwa die zwei letzten Angebote protokolliere.

Diese Auffassung wird von der überwiegenden Mehrheit der Redner in Uebereinstimmung mit dem Referenten bekämpft; die für rechtliche Gebundenheit des Bieters erforderliche (§ 102, Abs. 2) Protokollierung sämtlicher Angebote habe praktisch erhebliche Bedeutung für die nicht seltenen Fälle, wo über den vorletzten Bieter zurück gegriffen werden müsse. Die rechtliche Möglichkeit des Rückgriffs aber müsse besonders mit Rücksicht auf die Behörden, namentlich Vormundschaftsbehörden, und deren Verantwortlichkeit durch das Gesetz gewährleistet werden. Uebrigens gehöre Protokollierung aller Angebote zu dem vom Gesetz geforderten „vollständigen" Protokoll.

Eine Kritik, wonach die Protokollierung der früheren Bieter illusorisch sei, solange das Gesetz keine *Habhaftigkeitsnachweise* verlange, findet keine Berücksichtigung, wohl aus der Erwägung, daß eine solche Vorsichtsmaßregel nicht ins Gesetz, sondern in die jeweilige Voröffnung gehöre.

III. TITEL.

Uebergangsbestimmungen.

§§ 106 und 107. Eheliches Güterrecht.

§ 106 ist im E. der Justizdirektion durch neue Redaktion gegenüber der Fassung des E. der Expertenkom-

Digitized by Google

mission verdeutlicht worden, ohne daß damit eine Aenderung des Inhalts beabsichtigt würde.[1])

Hiezu stellt Oberrichter Merz den Antrag, es sei entweder ein neuer letzter Absatz aufzunehmen des Inhalts:

„Sind bei dem nach Inkrafttreten des Z. G. B. erfol-
„genden Vorabsterben des einen Ehegatten keine ehe-
„lichen Nachkommen vorhanden, so richtet sich die Erb-
„folge des überlebenden Gatten in allen Fällen nach
„den Vorschriften des Z. G. B."

oder es sei bei Absatz 3 der neuen Fassung beizufügen:

„..... beibehalten haben und im Zeitpunkte des
„Erbfalles keine ehelichen Nachkommen vorhanden sind".

Der Referent führt aus, daß diese Ordnung tatsächlich dem Sinn und der Absicht der Bestimmung entspreche; die zu Gunsten des bisherigen Rechts gemachten Vorbehalte seien wirklich nur für die Fälle gewollt, wo es sich nicht um kinderlose Ehen handelt: das Voranstellen „des über-

---

[1]) § 106 lautet in der neuen Fassung:

A. Eheliches Güterrecht.

1. Erbrecht und Teilungsrecht.

„Für das Erbrecht des überlebenden Elternteils und der Kinder, sowie für die Rechte der Kinder auf das Muttergut und auf das eheliche Vermögen gegenüber der Mutter bleiben im alten Kantonsteil die Bestimmungen des bisherigen Rechtes als Bestandteile des ehelichen Güterrechtes in Kraft,

„wenn der Ehemann oder die Ehefrau vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches gestorben ist,

„oder wenn die Ehegatten vor dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches durch eine gemeinsame schriftliche Erklärung im Güterrechtsregister (Art. 9, 2. Absatz, Schlußtitel Z. G. B.) ihren bisherigen Güterstand sowohl unter sich als gegenüber Dritten beibehalten haben.

„Für die daherigen Rechtsverhältnisse gelten vom Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches an folgende besondere Bestimmungen:

„1. Das vorbehaltene Gut der Ehefrau steht unter den Regeln des Zivilgesetzbuches über das Sondergut.

„2. Die vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches errichteten Weibergutsempfangscheine und Weibergutsherausgabeakte behalten ihre rechtliche Wirkung nach bisherigem Rechte.

„Für neue Empfangscheine für zugebrachtes Gut gelten vom Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches an die Vorschriften der Art. 197 und 198 Z. G. B.

„Neue Weibergutsherausgaben dürfen vom Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches an nicht mehr erfolgen.

Digitized by Google

lebenden Elternteils und der Kinder" sollte das genügend verdeutlichen. Immerhin anerkannte der Referent, es lasse sich vielleicht eine noch unzweifelhaftere Fassung finden. Auch darüber wurde Einigkeit als vorhanden konstatiert, daß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bei kinderloser Ehe, die erst nach 1. Jan. 1912 aufgelöst würde, durchaus dem neuen Recht unterliege.

Als Normalfall des Rechtslebens wurde allgemein der betrachtet, daß die Ehegatten die Erklärung über Beibehaltung des bisherigen Rechts nicht abgeben werden, und auch darüber herrschte Klarheit, daß in solchem Falle der Mann das einmal erworbene Eigentum am Zugebrachten der Frau behält, das Frauengut des neuen Rechts also in der Weibergutsforderung besteht. Allein es wurde die Frage aufgeworfen, ob diese Ordnung nicht ausdrücklich aufgestellt werden sollte.

Im einzelnen wurde hervorgehoben, es rechtfertige sich, in allen Ehen, bei denen der Mann Eigentümer des Frauengutes bleibe, der Frau den neuen *Sicherstellungsanspruch* auf das ganze Zugebrachte zu geben (Z. G. B. Art. 205); dasselbe Recht sei auch auf die Kinder als Rechtsnachfolger der Mutter auszudehnen. Es hätte dies durch Ergänzung und Aenderung von Ziffer 3 (neu) zu geschehen.

„3. Die Ehefrau kann jederzeit die Sicherstellung für die Hälfte ihres Zugebrachten verlangen.

„Die Anfechtungsklage nach Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz bleibt vorbehalten.

„Wird die Sicherheit nicht geleistet, so kann die Ehefrau beim Richter die Gütertrennung verlangen.

„4. Die güterrechtlichen Folgen der Zwangsvollstreckung gegen einen Ehegatten richten sich nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches.

„5. Die Kinder haben das Recht, bei der Betreibung gegen den Vater für die Hälfte ihres Muttergutsanteils die Anschlußpfändung geltend zu machen und für diese Hälfte Anweisung in der vierten Klasse zu verlangen.

„6. Sowohl die Witwe als die Kinder haben das Recht, jederzeit die Teilung des elterlichen Vermögens zu verlangen.

„Nach der Teilung kann die Witwe über ihren Anteil verfügen, ohne an die Zustimmung der Kinder gebunden zu sein, und hat an dem den Kindern zufallenden Teil bis zu ihrer Wiederverheiratung ein gesetzliches Nutzniessungsrecht.

„Am Vermögen der Mutter, das sie in der Teilung erhält, besteht kein Pflichtteilsrecht der Kinder.

„Vor der Teilung kann die Witwe über das elterliche Vermögen von Todes wegen nicht verfügen."

Digitized by Google

Eine Anregung, den Ausgangspunkt für die *Berechnung des Vor- und Rückschlags* bei Ehen, die sich unter das neue Recht stellen, von dem Zeitpunkte des Einbringens auf den 1. Januar 1912 zu verlegen, wird vom Referenten durch den Hinweis auf die außerordentliche Komplikation bekämpft, die aus solcher Regelung entstehen müßte. Dieselben Gründe wurden dem Gedanken entgegengehalten, bei Auflösung der Ehe nach 1912 die Auseinandersetzung nach dem alten bernischen Güterrecht, also ohne Zuweisung des Vorschlagsdrittels an die Frau oder deren Rechtsnachfolger, vorzunehmen und alsdann die Beerbung des vorverstorbenen Elternteils oder Ehegatten nach neuem Erbrecht durchzuführen. Dazu bedürfte es aber einer Erklärung im Güterrechtsregister (Ziffer 9, Abs. 3, des Schlußtitels Z. G. B.).

Das *Teilungsrecht* bot zu zweierlei Einwürfen Anlaß. Grundsätzlich wurden Zweifel geäußert, ob nicht das Teilungsrecht durch Ziffer 6 (neu) zu weit ausgedehnt werde und ob es sich nicht empfehle, einen Vorbehalt zu Gunsten der bisherigen Einschränkung aufzunehmen. Diese Zweifel wurden namentlich auf praktische Bedenken wegen allfällig nötig werdender Auflösung von gewerbsmäßigen Betrieben gestützt, die bisher von Witwen dank ihrem Eigentum am Familiengut aufrecht erhalten würden. Bekämpft wurden sie, namentlich vom Referenten, vorab durch die allgemeine Erwägung, es empfehle sich, die bisher als so unerfreulich empfundenen Rechtsverhältnisse der unabgeteilten Witwen endlich klar zu stellen und das vielumstrittene „Emanzipationsgesetz" aus dem Rechtsleben auszuschalten. Was die Bedenken ökonomischer Art betreffe, so scheine ihnen durch den der Witwe gewährten Nießbrauch (Ziffer 6, Abs. 2) genügende Rücksicht getragen zu sein.

In der Ausgestaltung des Teilungsrechts sodann fand die Auffassung Ausdruck, es sei ein Unterschied mit Bezug auf die Bestimmung des Teilungsvermögens zu machen, je nachdem die Ehe vor oder nach dem 1. Januar 1912 aufgelöst werde. Ein hinreichender Grund hiefür schien aber dem Referenten nicht ersichtlich und er befürwortete, es beim Entwurf bewenden zu lassen, wonach für die Feststellung der Teilungsmasse der Zeitpunkt der Teilung selbst maßgebend sei.

Endlich sei bemerkt, daß von einer Seite die Tatsache nicht deutlich genug ausgesprochen gefunden wurde (Ziffer 6,

Digitized by Google

Abs. 2), daß nach der Teilung *die Witwe frei verfügen* könne nicht nur über das in der Teilung erhaltene Vermögen, sondern auch über alles das, was sie später erwerbe: es wurde befürchtet, es könnte jemand versucht sein, nach vollzogener Teilung das Verfangenschaftsrecht der Kinder an solchem Vermögen wieder aufleben zu lassen, das der Witwe später von dritter Seite noch zufiele.

Im Anschluß an diesen Gegenstand wurde noch die an der Hauptversammlung durch Dr. Brüstlein (s. S. 605 hievor) aufgeworfene Frage über die Wirksamkeit bernischer Ehetage bei Auflösung der Ehe unter der Herrschaft des neuen Rechts wieder aufgegriffen. Sie wurde vom Referenten dahin klargestellt, daß der Ehetag jedenfalls soweit gültig bleibe, als er die Aufhebung des Noterbrechts unter den (kinderlosen) Ehegatten stipuliere. Im übrigen, soweit der Ehetag Bestimmungen enthalte, die sich auf Dritte beziehen, gelte Z. G. B. 512, wonach die Formen letztwilliger Verfügung erfüllt sein müßten, was übrigens der herrschenden Praxis tatsächlich entsprechen dürfte.

§§ 109 und 110. Grunddienstbarkeiten.

Gegen die neue Fassung von § 110 wird kein Einspruch erhoben. [1])

§§ 111—117. Grundpfandrechte.

Neben der Anregung, die Kostenlosigkeit (§ 114, Abs. 1) auf die *Ausfertigung*, statt nur auf die Eintragung der neuen Titel auszudehnen, wird nur noch der Gedanke geäußert, es möchte den tatsächlichen Verhältnissen besser entsprechen,

---

[1]) Die neue Fassung lautet:

„Weiderechte, Holznutzungsrechte und Nutzungsrechte an Bäumen können auch fernerhin gemäß den Bestimmungen der Gesetze über den Loskauf der Weidedienstbarkeiten vom 12. Dezember 1839, betreffend das Forstwesen vom 20. August 1905 und über den Loskauf von Eigentums- und Nutzungsrechten an Bäumen vom 24. Oktober 1849 abgelöst werden.

„Das Gesetz vom 12. Dezember 1839 gilt nur für den alten Kantonsteil; für den neuen bleiben über den Loskauf der Weiderechte die Bestimmungen der Verordnung zur Beförderung des Landbaues in den leberbergischen Amtsbezirken vom 23. Dezember 1816 in Kraft, mit der Abänderung, daß an Stelle der in Ziff. 15, 20, 21 und 39 dieser Verordnung bezeichneten Behörden der Gerichtspräsident, der Gerichtsschreiber und der Appellhof zu amten haben."

Digitized by Google

wenn für die bestehenden Gülten die Konversion in Grundpfandverschreibungen, statt in Schuldbriefe, vorgesehen würde.

§§ 118—133. Grundbucheinführung.

Die Möglichkeit, daß es vielleicht trotz aller Anstrengungen doch nicht gelingen werde, die Grundbucheinführung vor dem 1. Januar 1912 zu verwirklichen, hat Veranlassung gegeben, durch Einschiebung eines neuen § 119 dem bestehenden Grundbuch vorläufig die Grundbuchwirkung des neuen Rechts zuzuweisen. [1])

Dem vom Referenten dargelegten System des Entwurfs, wonach die Hauptlast der *Diligenzien* den an der Wahrung ihrer Rechte Interessierten auferlegt sei, wird grundsätzlich ausnahmslos zugestimmt, namentlich von der Erwägung ausgehend, daß nur so die Durchführung des Grundbuchs in nützlicher Frist gesichert werden könne, und wohl auch in dem Gedanken, daß selbst beim System der Aufstellung der provisorischen Grundbuchblätter von Amteswegen der Interessent doch gezwungen wäre, die amtliche Aufstellung nachzuprüfen, daß also dieselbe Arbeit dann doppelt getan werden müßte. Namentlich aber erschien in Uebereinstimmung mit den Ausführungen von Prof. Huber als wichtig, daß die Versäumung der Diligenzien keine Präklusivwirkung äußern, sondern schlimmsten Falls grundbuchliche Nachteile nach sich ziehen soll. (Z. G. B., Sch. t. Art. 44 u. Art. 123 des Entw. der Just.-Dir.).

Dagegen schienen die in § 121 Entw. der Just.-Dir. aufgestellten Erfordernisse der *Eingaben* als an der Grenze dessen stehend, was man dem Interessenten zumuten dürfe, auch wenn sie, wie es der Sinn des Entwurfes ist, nicht als Präklusivvorschriften, sondern als blosse Ordnungsvorschriften gedacht sind. Zur Erleichterung wurde im Einverständnis des Referenten vorgeschlagen, im Gesetze selbst (und nicht nur, wie ursprünglich vorgesehen, in der regierungsrätlichen Verordnung — § 133 des Entw. der Just.-Dir.) vorzuschreiben, daß die Auskunft von Gemeinde- und Staatsorganen kostenlos

[1]) Der neue § 119 lautet:
„Bis zur Einführung des Grundbuches kommt für die Entstehung, die Uebertragung, die Umänderung und den Untergang dinglicher Rechte der Eintragung in das bisherige Grundbuch die Grundbuchwirkung des neuen Rechtes zu."

Digitized by Google

erteilt und den Gemeinden sachverständiges Personal zur Verfügung gestellt werden solle.

Was sodann das *Bereinigungsverfahren* der Gemeindebehörden (§ 128 des Entw. der Just.-Dir.) betrifft, so wurde einerseits darauf hingewiesen, daß man die Kommissionen schon früher, in Form einer Art von Vorbereitungsverfahren, mit Nutzen eingreifen lassen könnte, etwa bei § 122 (Entw. der Just.-Dir.), Abs. 2 (Aufklärung der Verhältnisse, nach bisherigem Entwurf durch den Amtschreiber); — anderseits machten Prof. Huber und mit ihm mehrere Redner den Vorschlag, das Schwergewicht der Kommissionsbestellung aus den Gemeinden in größere Verhältnisse (Bezirke oder Landesteile) zu verlegen. In diesem Sinne wurde auch von der Bestellung von Kommissären gesprochen, die mit den Kommissionen der einzelnen Gemeinden successive zusammenarbeiten könnten, wobei Prof. Huber darauf hinwies, daß sich in anderen Kantonen unter ähnlichen Verhältnissen die Ausstattung solcher Kommissäre mit Entscheidungsbefugnis bewährt habe.

Im Einzelnen hielt man es von gewisser Seite für empfehlenswert, sogar im Gesetz selbst den Kommissionen ausdrücklich die Einvernahme der Beteiligten und die Zustellung ihrer Verfügungen (§ 128, Abs. 1) durch eingeschriebene Briefe vorzuschreiben.

Endlich formulierte Fürsprech Rollier den Antrag, bei § 127 (Entw. der Just.-Dir.) einen 4. Absatz anzufügen mit folgendem Wortlaut:

„Verspätete Anmeldungen eintragungspflichtiger Rechte können außerdem noch binnen drei Jahren vom Ablauf der Auflagefrist an beim Grundbuchführer schriftlich gemacht werden. Der Grundbuchführer hat binnen acht Tagen vom Empfang der Anmeldung an diese dem zuständigen Gemeinderate oder einer von diesem bezeichneten Kommission zu übermitteln. Die übrigen Vorschriften dieses Paragraphen, sowie § 122 finden entsprechende Anwendung."

Diese nachträgliche Eingabefrist wurde namentlich mit der Analogie des für Konkurseingaben geltenden Rechts (B. u. K. Art. 251) und der Zulassung der Zufertigung auf Offenkunde gemäß Satz. 438 C. begründet, von Prof. Huber aber mit dem Hinweis auf die Abwesenheit von Präklusivfolgen der Nichtanmeldung gemäß Ziffern 21 und 44 des

Digitized by Google

Schlußtitels Z. G. B. und § 122 des Entwurfs als unnötig und verwirrend bekämpft.

Bern, den 30. November 1908.

Der Berichterstatter:
F. Zeerleder, Fürsprech.

Literaturanzeigen.

Dr. Carl Stooss, Professor der Rechte in Wien. **Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts.** Erste Lieferung: Allgemeiner Teil. Erste Hälfte. Wien und Leipzig. Franz Deuticke, 1909.

Wie der Verfasser im Vorwort dieses Werkes erklärt, ist der nächste Zweck des Lehrbuches der, den Studierenden das geltende Recht darzustellen und sie in die Wissenschaft des Strafrechts einzuführen. Wenn schon den schweizerischen Praktikern und Rechtsbeflissenen die Kenntnis des positiven österreichischen Strafrechts ferner liegt, als diejenige der deutschen und französischen Gesetzbücher, so kann ihnen doch die wissenschaftliche Bearbeitung der Materie nicht gleichgültig sein. Die Wissenschaft des Strafrechts ist international, und es ist von allgemeinem Interesse zu vernehmen, wie eine ausländische Gesetzgebung die Probleme, die ihr gestellt werden, löst, besonders zu einer Zeit der Neuschaffung eines einheimischen Gesetzbuches.

Die uns hier vorliegende erste Lieferung behandelt einleitend die Strafrechtstheorien, die Kriminalpolitik sowie eine Entstehungsgeschichte der österreichischen Strafgesetzbücher von der Theresiana bis zur Gegenwart. Die Einleitung schließt mit einer namentlich für Studienzwecke wertvollen Aufzählung der hauptsächlichsten Literatur des österreichischen und des deutschen Strafrechts und der Hülfswissenschaften. Von dem sich hieran anschließenden Allgemeinen Teil bringt uns die erste Lieferung die Lehre über das Gesetz sowie über das Verbrechen in knapper, leicht faßlicher und klarer Darstellung. Vielleicht hätte hie und da die Behandlung gewisser Streitfragen (z. B. die Verbrechensfähigkeit von Personenverbänden, der untaugliche

Digitized by Google

Versuch u. a.) eingehender sein können, der Verfasser wird aber als erfahrener Strafrechtslehrer seine guten Gründe für die von ihm gewählte Behandlungsart gehabt haben. Mit Interesse sehen wir den kommenden Lieferungen dieses Werkes entgegen.

Dr. H. Korrodi. Die strafrechtliche Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes. Nach kantonalem Recht und dem Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Zürich, Schultheß & Cie., 1908. 149 S. (20. Heft der Zürcher Beiträge zu Rechtswissenschaft).

Eine anregend geschriebene Zürcher Dissertation, in der speziell die Behandlung der bisher durch die kantonalen Gesetzgebungen gemachten Versuche zur Regelung dieser schwierigen Materie von Interesse ist. Den Abschluß der Arbeit bildet eine kritische Betrachtung der Bestimmungen des schweizerischen Vorentwurfes vom Juni 1903.

Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. 1898-1907. Im Auftrage des h. eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes ausgearbeitet von **Professor Dr. E. Hafter** in Zürich. Bern, Stämpfli & Cie., 1908. 316 Seiten. (Separatabdruck aus der Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, XXI, 1908).

Die im 11. Bande der Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht von Professor Dr. Albert Teichmann publizierte Bibliographie schließt mit April 1898 ab; die vorliegende Arbeit ergänzt dieselbe für den Zeitraum von 1898 bis 1907. Sie enthält, wie ihre Vorarbeit, außer einer chronologisch geordneten Bibliographie in einem zweiten Teile eine Materialiensammlung der kritischen Aeußerungen zum Vorentwurf. Für diejenigen, welche einen Ueberblick über die durch die schweizerischen Kodifikationsbestrebungen auf dem Gebiete des Strafrechtes hervorgerufene Literatur gewinnen wollen, bildet diese Publikation ein unentbehrliches Hülfsmittel.

Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich. Neue Ausgabe vom 6. Dezember 1897, mit einem Anhange, enthaltend: Die Ordnungsstrafen im Betreibungs- und Konkursverfahren, das Gesetz betreffend den Vollzug der Freiheitsstrafen und das Gesetz betr. Abänderung des Strafgesetzes vom 26. April 1908. Für Juristen und Nichtjuristen, be-

Digitized by Google

sonders auch für Geschworene, erläutert durch Dr. Rudolf Benz, Redaktor des Gesetzes. Vierte umgearbeitete Auflage von **Dr. Emil Zürcher**, Professor in Zürich. Zürich, Schulthess & Cie, 1908, 269 Seiten.

Die vierte Auflage dieses Kommentars des zürcherischen Strafgesetzbuches wird, nachdem die dritte vor 10 Jahren erschienene Auflage seit längerer Zeit vergriffen war, zunächst von den Zürcher Juristen mit Freude begrüßt werden; ihre Bedeutung reicht aber mit Rücksicht auf die wissenschaftliche Qualifikation des Verfassers über die Grenzen des Kantons Zürich hinaus. Auch die bei einzelnen Titeln und Paragraphen enthaltenen Literaturangaben sind von allgemeinerem Interesse. *Thormann.*

Pierre de Tourtoulon. Les principes philosophiques de l'histoire du droit. Tome Ier. 1 vol. in-8, VIe, 338 pages. Lausanne et Paris, 1908.

M. de Tourtoulon, professeur à l'Université de Lausanne, a essayé de combler une lacune de notre science. Comme il le dit, dans sa préface: „Le plus souvent, les traités d'histoire du Droit consacrent une partie de leur introduction à indiquer le rôle philosophique et pratique de cette science, ses caractères, ses méthodes et la place qu'elle doit occuper dans l'ensemble des connaissances humaines. Mais ces indications sont à peu près toujours superficielles et peu originales." Aussi n'a-t-il pas craint de s'engager dans la voie que lui avait montrée son prédécesseur, feu M. Brocher de la Fléchère. Et il a eu raison. Effectivement, l'histoire du droit est mieux qu'une science auxiliaire et secondaire. Elle est elle-même une science, si vaste par le champ de son investigation, si riche par ses résultats, qu'il est tout naturel de passer un jour des travaux de recherche à un travail de synthèse.

Le tome premier des *Principes philosophiques de l'histoire du droit* traite essentiellement des transformations du droit. M. de Tourtoulon estime que si la volonté humaine est une cause juridique, elle n'est rien de plus que cela: „Elle pousse la loi à droite ou à gauche; elle ne sait pas où." En conséquence, le droit n'est pas de la volonté humaine réalisée. La plus grande partie de son volume porte sur le causalisme juridique. Cependant, comme l'auteur le note dans un „avertissement", il n'est pas arrivé encore au terme de son exposé; les derniers chapitres en seront insérés

Digitized by Google

dans un tome second. Puis, il s'espacera sur le déterminisme juridique, sur les rapports du droit avec d'autres sciences et enfin il s'occupera de dégager la méthode qui répond le mieux à la nature du droit et à sa fonction.

Effort immense, et dont nous ne pourrons bien apprécier la valeur que lorsque nous posséderons en entier l'ouvrage de M. de Tourtoulon. Il nous paraît que sa manière est parfois laborieuse et abstruse à l'excès. On souhaiterait plus de lien entre les diverses subdivisions du livre, et plus de lumière aisée répandue sur le tout. Les *Principes philosophiques de l'histoire du droit* n'en sont pas moins remarquables par la profondeur de la pensée et la hardiesse des constructions dogmatiques. *V. Rossel.*

Verzeichnis juristischer Abkürzungen, von Dr. **P. Wäber**, Bern. Stämpfli & C^ie^, 31 S.

In Erweiterung des in dieser Zeitschrift im Januar erschienenen Aufsatzes werden die Regeln angegeben, die bei der vereinfachten Zitierung juristischer Werke zu gebrauchen sind; im ferneren sind die für die schweiz. Juristen am meisten in Betracht fallenden Abkürzungen in systematischer Anordnung aufgeführt. Durch die allgemeine Beachtung des Werkleins kann viel Mühe, Zeit und Druckerschwärze gespart werden. In richtiger Erkenntnis der Nützlichkeit des Unternehmens haben denn auch sowohl der schweiz. Anwaltsverein wie der bern. Juristenverein dasselbe finanziell und moralisch durch Austeilung von Exemplaren an ihre Mitglieder unterstützt; der schweiz. Juristenverein dagegen hat sich noch nicht hiezu aufschwingen können, obschon es für ihn wohl am nächsten gelegen wäre.

V. Rossel und F. H. Mentha. Manuel du Droit civil Suisse. Tome 1, Livraison 1, 80 p., Lausanne, Payot & C^ie^.

Es handelt sich hier nicht um einen Kommentar, sondern um ein Handbuch, eine systematisch angelegte Bearbeitung des neuen Rechtes. In § 1 wird das bisherige kantonale Recht ziemlich einläßlich behandelt (38 S.). § 2 ist der Darstellung der Codificationsarbeiten gewidmet; dazu enthält er eine kurze Uebersicht über die Technik und die Principien des neuen Code. § 3 bringt eine Art allgemeine Rechtslehre, da das Handbuch auch für Nichtjuristen geschrieben sein will. In der Behandlung der ein-

Digitized by Google

zelnen Partien des Gesetzes ist hauptsächlich der Einleitungstitel in diesem ersten, von Rossel bearbeiteten Heft erledigt.

Das Werk ist nach Form und Methode dem Rossel'schen Handbuch des Obligationenrechtes ähnlich und darf, wie dieses, auf eine sehr sympathische Aufnahme nicht nur bei den Welschen, sondern auch bei den Deutschschweizern, rechnen; auch sie wissen es zu schätzen, wenn die Früchte harter und eindringender Arbeit in so flüssiger und conciser Gestalt dargebracht werden, wie sie nur einem Meister der Sprache zu Gebote steht.

Introduction à l'Etude du Code civil Suisse. Droit de famille par **Louis Rehfous. Droit de Succession,** par **Alfred Martin.** Genève, Soc. génér. d'imprimerie, 208 p.

Nach der Art und Weise der französischen Schriftsteller schließen sich die Autoren dieser Publikation ziemlich eng an den Gesetzestext an; es hat dies den Vorteil, daß das unmittelbare Verständnis desselben gefördert wird, wogegen das tiefere Hinabsteigen in die grundlegenden Fragen und die plastische Herausarbeitung derselben zu kurz kommt.

Jahresbericht der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkurssachen für den Kanton Bern für das Jahr 1908. Bern, Ott & Bolliger, 39 S.

Mit einem Anhang, eine Anzahl von Entscheiden enthaltend.

Festgabe für den Schweiz. Juristenverein, bei seiner 46. Jahresversammlung überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. — Zürich, Schultheß & Cie, 285 S.

Der schön ausgestattete Band enthält folgende Aufsätze: Die Doktrin des internationalen Strafrechts und ihre heutigen Aufgaben. Von Prof. Dr. F. Meili. — Zur Geschichte der Advokatur. Von Prof. Dr. E. Zürcher. — Zur Revision des schweizerischen Checkrechts. Von Prof. Dr. Georg Cohn. — Der Arbeitserwerb des Kindes. Von Prof. Dr. H. F. Hitzig. Zum sachlichen Geltungsbereich des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Von Prof. Dr. A. Egger. — Das Neutralitätsrecht in seiner neuesten Gestaltung. Von Prof. Dr. Max Huber. — Die Zechprellerei. Von Prof. Dr. Ernst Haffter. — Der Vortrag auf neue Rechnung bei der Aktiengesellschaft. Von Prof. Dr. G. Bachmann.

Digitized by Google

Auf den Inhalt der einzelnen Arbeiten einzutreten verbietet die Rücksicht auf den Raum; jedenfalls ist anzuerkennen, daß die Zürcher Fakultät mit ihrer flotten Gabe nicht nur die Festgäste sondern auch sich selbst geehrt hat.

Nippold, Otfried, Die zweite Haager Friedenskonferenz.

Wir haben bereits die Arbeit von Max Huber über dieses Thema angezeigt. Nunmehr sind wir auch im Falle, auf die sehr umfangreiche Abhandlung Nippolds, ebenfalls eines Spezialisten auf diesem Gebiet, aufmerksam zu machen. Sie ist in der Zeitschr. für Intern. Privat- und öffentl. Recht, Bd. XVII u. XVIII, publiziert.

Röthlisberger E., Die Sonder-Literaturverträge des Deutschen Reichs. Bern, A. Francke. 135 S.

Wie im Vorwort gesagt wird, ziehen die 1907 von Deutschland mit Frankreich, Belgien und Italien abgeschlossenen Sonderliteraturverträge eine förmliche Umwälzung auf urheberrechtlichem Gebiete nach sich. Die sich hiebei aufdrängenden grundsätzlichen Fragen werden vom Autor mit hervorragender Sachkenntnis auseinandergesetzt.

Korn, Alfred, Handbuch des (deutschen) **Zivilrechts mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts.** Berlin, Franz Vahlen, 1908. 733 S.

Das Buch berücksichtigt nicht nur das B. G. B., sondern das gesamte in Deutschland geltende Zivilrecht, also auch die Spezial- und Landesgesetze. Es ist nicht ein Lehrbuch, sondern eine kurzgefaßte systematische Uebersicht, die überall sich an das positive Recht, an Gesetz und Rechtsprechung hält, Geschichte und Theorie nur nebenbei berücksichtigt und namentlich für Praktiker geschrieben ist. Die Darstellung erscheint daher nicht populär, aber sehr klar und gut gegliedert. Die Art und Weise, wie der ungeheure Gesetzesstoff verarbeitet und projiciert worden ist, verdient Bewunderung. Ein derartig eigenartiges Werk über deutsches Zivilrecht hat bis anhin gefehlt, insbesondere auch den Schweizer Juristen; wenn diese sich ein Buch kaufen wollen, das in möglichster Kürze gründlich über das geltende deutsche Privatrecht Auskunft giebt, so kann ihnen nichts besseres empfohlen werden.

Digitized by Google

Rechtsprechung.

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

Referent: Bundesrichter Dr. *V. Merz*.

84. Natur des Rechtsverhältnisses zwischen einer Gemeinde, als Inhaberin einer Wasserversorgungsanlage, und den Wasserbezügern.

Am 25. Januar 1880 erließ die Gemeinde Basadingen ein „Reglement betreffend Ueberlassung von Wasser an Privatleute der Ortsgemeinde Basadingen", worin die Ortsgemeinde die Abgabe von Wasser an Private gegen Entrichtung eines Wasserzinses vorsah. Der jährliche Wasserzins wurde (in Art. 9 des Reglements) „für gewöhnliche Verhältnisse" auf 5 Fr. festgesezt; „für eine größere Anzahl von Häusern und für besondere Verhältnisse" sollte der Wasserzins durch Beschluß der Ortskommission festgesetzt werden, wogegen das Rekursrecht an die Ortsgemeinde vorbehalten bleibe. Art. 8 des Reglementes lautet: „Die Wasserabnehmer sind be„rechtigt, auf halbjährliche Aufkündung hin, den Wasserbezug „aufzugeben. — Anderseits steht der Gemeinde das Recht „zu, Reglemente zu entwerfen und Aenderungen an denselben „vorzunehmen, um solche ein halbes Jahr nach geschehener „Mitteilung in Kraft treten zu lassen." Art. 14 lautet: „Dieses „Reglement ist jederzeit ganz oder teilweise revidierbar."

Im Jahre 1907 erstellte die Ortsgemeinde Basadingen eine neue Wasserversorgung. Am 30. Januar 1908 wurde bekannt gemacht, daß laut Gemeindebeschluß vom 22. November 1907 die Wasserabgabe aus einer bestimmten, bisher bestehenden Wasserleitung (der „Bachdellenleitung") mit dem Bautermin der neuen Versorgung aufhöre.

Einige hievon betroffene Wasserbezüger setzten sich zur Wehre, weil ihnen eine Wasserrechtsservitut zustehe. Das thurg. Obergericht verwarf diesen Standpunkt: Es liege nicht eine Servitut, sondern ein obligatorisches Rechtsverhältnis vor; es müsse daher der Klägerin das Recht zuerkannt werden, das Rechtsverhältnis durch Kündigung aufzulösen. Die von ihr „angebrachte Kündigung" erscheine als „genügend" mit dem Vorbehalt, daß die im Reglement über Wasserabgabe vorgesehene Frist von 6 Monaten eingehalten werde.

Digitized by Google

Auf die von den Wasserbezügern eingereichte Berufung trat das Bundesgericht nicht ein:

„Indem sie auf den vorliegenden Rechtsstreit Art. 8 des „Reglementes betr. Ueberlassung von Wasser an Privatleute der Gemeinde Basadingen" zur Anwendung gebracht hat, hat die Vorinstanz implicite festgestellt, daß das streitige Rechtsverhältnis, welches sie allerdings ein obligatorisches nennt, von diesem beherrscht sei. Nun bestimmt aber Art. 8 des angeführten Reglementes, daß der Gemeinde das Recht zustehe, „Reglemente zu entwerfen und Aenderungen an denselben vorzunehmen, um solche ein halbes Jahr nach geschehener Mitteilung in Kraft treten zu lassen," und nach Art. 14 ist das Reglement (durch Mehrheitsbeschluß der Ortsgemeinde) jederzeit ganz oder teilweise revidierbar. Die Rechte der Wasserbezüger sind somit nicht durch einen privatrechtlichen *Vertrag* geregelt, der seiner Natur nach nur unter beidseitiger Zustimmung abgeändert werden könnte, sondern es sind dieselben von einem Reglemente beherrscht, das von der Ortsgemeinde jederzeit und ohne Begrüßung der Wasserbezüger abgeändert werden kann. M. a. W. es handelt sich nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen einander koordinierten Parteien, sondern um ein Verhältnis zwischen einem staatsähnlichen Organismus (Ortsgemeinde) als solchem und den der Territorialhoheit dieses Organismus unterworfenen Personen, wie denn auch die Festsetzung des Wasserzinses „nicht etwa der *vertraglichen Vereinbarung*, sondern einer Verfügung der Ortskommission unter Wahrung des „Rekurses" an die Ortsgemeinde vorbehalten wurde. Die Ortsgemeinde Basadingen tritt hier auch nicht etwa als Eigentümerin eines zu fiskalischen Zwecken ins Leben gerufenen Gewerbebetriebes auf, sondern sie handelt gemäß einer nach modernen Rechtsanschauungen bestehenden staatlichen Fürsorgepflicht, deren Erfüllung einen Zweig der öffentlichen Verwaltung bildet. Darnach liegt aber weder ein Verhältnis des Sachenrechts vor, wie die Kläger zuerst behaupteten, noch (wie sie nunmehr in ihrer Berufungserklärung annehmen) ein Verhältnis des Obligationenrechts, sondern vielmehr ein solches des *öffentlichen* Rechts."

Urteil vom 2. Oktober 1908 in Sachen „Itel und Möckli ca. Ortsgemeinde Basadingen."

Digitized by Google

Aus der bern. Strafrechtspraxis.

Referent: Kammerschreiber *F. Stämpfli*, Fürsprecher.

---

62. Zum Begriff der Unterscheidungskraft bei jugendlichen Delinquenten.

Polizeikammer, i. S. Ernst Feldmann, vom 4. März 1908.

Entscheidungsgründe:

„1. Der Angeschuldigte Ernst Feldmann ist geständig, während der Zeit vom 18. Mai 1907 bis August 1907 der Milch, welche er für seinen Stiefvater in die Käserei Walliswil-Bipp zu bringen hatte, Wasser beigemischt zu haben.

Ernst Feldmann ist am 18. Mai 1892 geboren, hatte also zur Zeit der Begehung des eingeklagten Deliktes das 16. Altersjahr noch nicht erreicht. Nach Art. 45 St. G. ist zu prüfen, ob Ernst Feldmann bei Begehung der Tat mit Unterscheidungskraft gehandelt hat oder nicht.

Das Gesetz enthält keine Definition des Begriffes der Unterscheidungskraft, dagegen ist derselbe von der Gerichtspraxis wie folgt entwickelt worden: Als Unterscheidungskraft ist die durch eine gewisse Entwicklung des jugendlichen Täters bedingte *Einsichtsfähigkeit* desselben in die Bedeutung der Tat zu verstehen; dieselbe ist nicht schon mit der bereits im frühen Kindesalter wahrnehmbaren instinktiven Empfindung für die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer Handlung gegeben, vielmehr bedarf es dafür der auf dem mehr oder weniger ausgebildeten Bewußtsein der sittlichen und sozialen Beziehungen der eigenen Persönlichkeit zur Außenwelt beruhenden Fähigkeit, die Tat in ihrer wesentlichen strafrechtlichen Bedeutung zu beurteilen. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Fritz J. und Rosa G., vom 9. Juni 1897, Monatsblatt XIV, 266).

Der Gerichtshof hält im Gegensatz zum korrektionellen Richter von Wangen dafür, daß Ernst Feldmann mit Unterscheidungskraft gehandelt hat. Es steht fest, daß der Angeschuldigte während langer Zeit der Milch in erheblichen Quantitäten Wasser zusetzte und zwar in versteckter Weise. Feldmann wußte, wie er selber zugibt, daß er damit etwas Unerlaubtes beging. Die Art des Deliktes bringt es übrigens mit sich, daß einem in bäuerlichen Kreisen aufgewachsenen Knaben von 15 Jahren die Verwerflichkeit und Rechtswidrig-

Digitized by Google

keit der Fälschung von Milch bekannt sein mußte. Feldmann verfälschte die Milch, „damit es mehr Geld gebe", er verfolgte damit also den bestimmten Zweck, den Käser zu Walliswil-Bipp zu schädigen und seinem Stiefvater einen Vorteil zu verschaffen, den er als unerlaubt erkannt hatte. Feldmann berechnete also die Wirkung seiner Handlung. Wenn er sich aber des Zweckes der Handlung bewußt war, so war er auch im stande, sich über den sittlichen und rechtlichen Wert der Handlung ein eigenes Urteil zu bilden. Dies darf umso eher angenommen werden, als die Lehrerin M. Edinger über die Intelligenz des Knaben Feldmann ein sehr günstiges Zeugnis ausstellt.

Ernst Feldmann wird deshalb — da über das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale der eingeklagten Handlung kein Zweifel besteht — schuldig erklärt der Fälschung von Nahrungsmitteln zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr."

63. Der Erklärung einer Partei, dass sie das Urteil annehme, kommt die Bedeutung eines Verzichtes auf das Einlegen eines Rechtsmittels zu.

Polizeikammer, i. S. Abel Guenin, wegen Nachtlärms, vom 7. März 1908.

Entscheidungsgründe:

„Guenin hat nach der Eröffnung des Urteils ausdrücklich erklärt, daß er das Urteil annehme. Dieser Erklärung kommt aber die Bedeutung eines Verzichtes auf das Einlegen eines Rechtsmittels zu. Es folgt dies aus der Natur des Rechtsmittels als das einer Prozeßpartei zustehende *Anfechtungsmittel* gegen Urteile. Der Gebrauch eines Rechtsmittels steht einer Partei offen, sobald sie sich durch das erstinstanzliche Urteil in ihren Rechten verletzt fühlt. Durch die Einlegung eines Rechtsmittels wird die Rekursinstanz in die Lage versetzt, die Zweifel der Parteien an der Richtigkeit des Vorerkenntnisses zu untersuchen und zu entscheiden. Es bleibt aber der Partei unbenommen, auf die Einwendung eines Rechtsmittels zu verzichten, wenn sie sich in ihren Rechten nicht verletzt fühlt und sich beim erstinstanzlichen Urteile beruhigen will. Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, letzteres z. B. durch Anerkennung des erstinstanzlichen Urteils. (Vgl. Urteil der Polizei-

Digitized by Google

kammer i. S. Marie Lavagne & Cons., vom 1. Nov. 1906, Zeitschrift des bern. J.-V., Bd. XLIII, S. 451 f., Plank, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neuern Prozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1857, S. 499 ff., insbes. S. 508 und 509).

Mit dem Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels ist aber das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, eine nachträgliche Appellationserklärung hat demnach absolut keine rechtliche Wirkung. Es muß deshalb dem Appellanten Guenin das Forum der Polizeikammer von Amtes wegen verschlossen werden."

64. Regierungsrätliche Vollziehungsverordnung vom 26. Juli 1905 zum B. G. über Jagd und Vogelschutz vom 24. Juni 1904. — Verfassungsmässigkeit.

Polizeikammer, i. S. Friedrich Aeschlimann, vom 9. März 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„I. Die Verteidigung bestritt im heutigen Termine zunächst die Verfassungsmäßigkeit der Vollziehungsverordnung vom 26. Juli 1905 zum Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz und zwar mit folgender Begründung: Art. 1 der Vollziehungsverordnung erkläre den § 12 des Gesetzes über die Jagd vom 29. Juni 1832 als noch in Kraft bestehend, gebe aber demselben zugleich eine Fassung, die mit dem Wortlaute des Jagdgesetzes nicht übereinstimme; der Regierungsrat sei aber nach bernischem Verfassungsrechte nicht kompetent, ein Gesetz durch eine Vollziehungsverordnung zu einem Bundesgesetz abzuändern.

Der Gerichtshof hält dafür, daß der Einwand der Verteidigung unstichhaltig ist. Es ist zwar richtig, daß die Fassung von Art. 1 § 12 der Vollziehungsverordnung mit dem Wortlaute des § 12 des alten Jagdgesetzes nicht übereinstimmt. Es ist aber zu beachten, daß die Abänderung nicht eigenmächtig vom Regierungsrate in der Vollziehungsverordnung vorgenommen wurde, sondern schon durch das Bundesgesetz selber bedingt ist, indem Art. 4, letztes Alinea desselben der kantonalen Gesetzgebung überläßt, zu bestimmen, unter welchen Bedingungen *Raubwild und nicht geschützte Vögel*, welche dem Besitzer von Gebäulichkeiten und Liegenschaften Schaden zufügen, unschädlich gemacht werden dürfen. Neben dieser bundesrechtlichen Vorschrift hat die Bestimmung in

Digitized by Google

§ 12 des alten Jagdgesetzes, wonach *jedes Gewild*, welches dem Eigentümer oder Nutznießer von Grundeigentum in den Gütern Schaden zufügt, unter gewissen Voraussetzungen erlegt werden darf, keinen Bestand mehr, es gilt hier der Grundsatz, Bundesrecht bricht kantonales Recht."

65. Die Weigerung des Verletzten, sich einer Operation zu unterziehen, unterbricht den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Angeschuldigten und dem eingetretenen Erfolge, wenn es in der Möglichkeit des Verletzten gelegen wäre, die Folgen durch die Operation zu mildern.

Polizeikammer, i. S. Martin Célestin, wegen fahrlässiger Tötung, vom 11. März 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„...Berücksichtigt man zudem die Tatsache, daß es Martin zufolge des ihm ebenfalls zum Verschulden anzurechnenden Mangels einer brauchbaren Bremsvorrichtung am vorderen Rade der Maschine schlechterdings unmöglich war, dieselbe auf kurze Distanz zu stellen, so müßte man an sich wohl — trotz des allerdings nicht unerheblichen, im falschen Ausweichen liegenden Mitverschuldens des verunglückten Schuhmacher — dazu gelangen, den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Angeschuldigten und dem eingetretenen Erfolge zu bejahen. Da Schuhmacher aber, wie die Beweisführung weiterhin ergeben hat, sich trotz aller Vorstellungen und Mahnungen des behandelnden Arztes beharrlich *geweigert* hat, sich einer Operation zu unterziehen und die medizinischen Experten die Möglichkeit eines günstigen Erfolges einer solchen keineswegs ausschließen, so gelangt die Polizeikammer, vom Grundsatze: in dubio pro reo geleitet, nichtsdestoweniger dazu, die *strafrechtliche* Verantwortlichkeit des Angeschuldigten für den eingetretenen Erfolg zu verneinen. Das Bundesgericht hat zwar in konstanter Praxis ausgeführt, daß die Weigerung eines Verletzten, sich einer Operation zu unterziehen, nur dann den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des zivilrechtlich Verantwortlichen und dem eingetretenen Erfolg unterbreche, wenn der operative Eingriff nach fachmännischem Befinden einen sichern Erfolg verspricht und nicht mit besonderen Gefahren oder Schmerzen verbunden ist.

Digitized by Google

(Vgl. A. S. der bundesger. Entscheidungen Bd. XXI S. 653 und Bd. XXVIII² S. 219 ff.). Allein in *strafrechtlicher* Beziehung darf man unbedenklich noch weiter gehen und die Verantwortlichkeit für den eingetretenen Erfolg selbst dann ausschließen, wenn es in der *Möglichkeit* des Verletzten gelegen wäre, denselben durch eine Operation milder zu gestalten. Dies muß besonders dann gelten, wenn, wie im vorwürfigen Falle, infolge erheblichen Mitverschuldens des Verletzten an sich schon *Zweifel* über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Angeschuldigten bestehen.

Die Polizeikammer gelangt deshalb dazu, das erstinstanzliche Urteil im Strafpunkt, soweit noch der oberinstanzlichen Ueberprüfung unterliegend, zu bestätigen."

66. Einstellung des Strafverfahrens gemäss Art. 207 des B. G. betr. Schuldbetreibung und Konkurs.

Polizeikammer, i. S. Josef Reich, wegen Eigentumsbeschädigung, vom 14. März 1908.

Entscheidungsgründe:

„I. Ueber Viktor Wanke, der sich in erster Instanz gegenüber Josef Reich als Civilpartei gestellt hatte, ist am 14. Dezember 1907 der Konkurs eröffnet worden. Die Parteien sind darüber einig, daß sich die erste Gläubigerversammlung über die Aufnahme oder Nichtaufnahme des zwischen Wanke und Josef Reich obschwebenden Adhäsionsprozesses nicht ausgesprochen hat und daß die zweite Gläubigerversammlung auf den 4. April 1908 angesetzt worden ist.

II. Angesichts dieser Sachlage muß das Verfahren gegen Reich von Amtes wegen eingestellt werden.

Art. 207 des Betreibungs- und Konkursgesetzes bestimmt nämlich: „Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Civilprozesse, in welchen der Gemeinschuldner Kläger oder Beklagter ist, eingestellt und können erst zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden". Unter diese Bestimmung fallen naturgemäß auch diejenigen Civilansprüche, welche vom Gemeinschuldner adhäsionsweise in einem Strafprozeß geltend gemacht würden, sofern es sich nicht um Entschädigungsklagen wegen Ehr- oder Körperverletzungen handelt, was in casu nicht zutrifft. (Vgl. Jäger, Anmerkung 2 zu Art. 207 B. u. K.). Dies hat dann aber zur Folge, daß auch das Strafverfahren, in

Digitized by Google

dessen Formen sich der Adhäsionsprozeß bewegt, eingestellt werden muß. Daß der vorliegende Fall nicht als dringlich bezeichnet werden kann, steht ausser Frage: die erstinstanzlich ausgesprochene Strafe ist durch die ausgestandene Untersuchungshaft als getilgt erklärt worden, Wanke ist unbekannten Aufenthalts. Der Staat hat also kein besonderes Interesse an einer sofortigen Erledigung der Strafklage. Das Strafverfahren und damit auch der Adhäsionsprozeß gegen Reich muß deshalb kraft der das Verfahren beherrschenden Offizialmaxime von Amtes wegen eingestellt und die Verhandlung auf einen noch zu bestimmenden Termin nach dem 10. Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung vom 4. April 1908 verschoben werden. Bis dahin kann sich die Konkursmasse Wanke darüber schlüssig machen, ob sie den Adhäsionsprozeß gegen Reich aufnehmen will oder nicht."

67. Nach der geltenden Praxis der Anklagekammer finden die Bestimmungen des Art. 235 St. V. mit Rücksicht auf Art. 241 St. V. keine Anwendung auf Fälle, wo ein *Verbrechen* in Frage steht, vielmehr sind die Akten solcher Untersuchungen nach Schluss derselben *in allen Fällen* der Anklagekammer einzusenden, welche einzig kompetent ist, eine Aufhebung zu verfügen.

Beschluß der Anklagekammer i. S. Paul Rutschi, vom 16. März 1908.

68. In einem Urteil, das die Unzuständigkeit des Richters ausspricht, darf dem Angeschuldigten keine Entschädigung zuerkannt werden.

Polizeikammer, i. S. Paul Neuenschwander u. Cons., vom 18. März 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„II. Der Polizeirichter von Niedersimmenthal erklärte sich in seinem Erkenntnisse zur Beurteilung der vorliegenden Strafsache als unzuständig und überwies dieselbe an den Richter von Thun, zugleich sprach er aber den Angeschuldigten eine Entschädigung von je Fr. 3.50 zu.

Dieser Zuspruch von Entschädigung ist unzulässig. Art. 365 St. V. sieht vor, daß der Richter oder das Gericht *im Falle der Freisprechung wie in dem der Verurteilung* über die von der Civilpartei oder von dem Angeschuldigten

Digitized by Google

geforderte Entschädigung zu urteilen habe. Die Polizeikammer hat zudem in ihrem Urteil i. S. Plüß, vom 9. Mai 1906 (Zeitschrift des bern. J. V., XLIII, 158) festgestellt, daß dem Angeschuldigten nicht nur dann eine Entschädigung gesprochen werden kann, wenn er durch ein Endurteil freigesprochen ist, sondern auch dann, wenn er infolge Sistierung bezw. Aufhebung der Strafuntersuchung von der Anklage befreit wird. Im vorliegenden Falle aber handelt es sich weder um eine eigentliche Freisprechung noch um eine Befreiung von der Anklage, sondern um ein Erkenntnis über die örtliche Zuständigkeit, welches über den staatlichen Strafanspruch nicht entscheidet. Solange aber über die Strafklage nicht entschieden ist, hat der Angeschuldigte keinen Anspruch auf Entschädigung.

Das erstinstanzliche Urteil wird deshalb dahin abgeändert, daß der Zuspruch von Entschädigung an die Angeschuldigten aufgehoben wird."

69. Nichtigkeitsklage der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 473, Ziff. 4 St. V., weil der Richter infolge unrichtiger Gesetzes-Auslegung und -Anwendung das Zutreffen einer Gesetzesbestimmung auf die eingeklagte Handlung verneint habe. Die Rekursinstanz ist hiebei an die Tatbestandsfeststellung des erstinstanzlichen Richters gebunden.

Auslegung der Art. 15 und 27 des Armenpolizeigesetzes. Begriff des verbotenen Steuersammelns.

Polizeikammer, i. S. Bertha Hürlimann, geb. Binder, vom 18. März 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„II. Der Polizeirichter von Aarwangen gelangte in seinem Erkenntnisse vom 9. November 1907 zu einer Freisprechung der Angeschuldigten, mangels Vorliegens des gesetzlichen Straftatbestandes.

Gegen die Freisprechung der Bertha Hürlimann von der Anschuldigung auf verbotenes Steuersammeln reichte die Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsklage ein, gestützt auf Art. 473, Ziff. 4 St. V. Die Rekursinstanz hat somit einzig zu untersuchen, ob der Vorderrichter infolge unrichtiger Gesetzes-Auslegung und -Anwendung das Zutreffen einer Gesetzesbestimmung auf die eingeklagte Handlung verneint habe. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Fritz Meyer vom 10. Februar 1906, Zeitschrift des bern. J.-V., Bd. XLII,

Digitized by Google

S. 619 f.). Hiebei ist das Gericht an die Tatbestandsfeststellung des erstinstanzlichen Richters gebunden, wie sich aus dem Zweck und der Wirkung des eingelegten Rechtsmittels ergibt. (Vgl. Urteil der Polizeikammer i. S. Edgar von Müller vom 29. Mai 1907, i. S. Ernst Schluep vom 20. November 1907).

Mit dem Vorderrichter ist somit anzunehmen, daß die Angeschuldigte nach einer Versammlung der Heilsarmee auf einem öffentlichen Platze im Dorfe Langenthal bei den Zuschauern herumging und freiwillige Beiträge einsammelte.

Dieser Tatbestand qualifiziert sich aber nach der Auffassung der Appellationsinstanz nicht als verbotenes Steuersammeln im Sinne von Art. 27 des Armenpolizeigesetzes.

Art. 27 muß mit Art. 15 in Verbindung gebracht werden. Es ergibt sich dies schon aus einer bloßen Vergleichung des Wortlautes der beiden Gesetzesbestimmungen und aus dem Zusammenhang, in welchem sie nach der Anordnung des Gesetzes zu einander stehen. Art. 15, wie Art. 27, handeln von der Ausstellung von Armutsscheinen und von der Bewilligung zur Erhebung von Armensteuern; in Art. 14 und 15, welche unter dem Abschnitt „Disziplinarbestimmungen" stehen, wird festgestellt, wer zur Ausstellung von Armutsscheinen berechtigt ist und wie dieselben erteilt werden sollen, und bestimmt, wer eine Erhebung von Armensteuern veranstalten darf und wann und wie eine solche angeordnet wird; Art. 27 dagegen bedroht das Ausstellen von Armutsscheinen zum Behufe des Steuersammelns und das Steuersammeln ohne Bewilligung mit Strafe. Es ist somit anzunehmen, daß Art. 27, der im Abschnitt „Strafbestimmungen" steht, einzig die Widerhandlungen gegen Art. 14 und 15 unter Strafe stellt. Demnach wäre unter dem verbotenen Steuersammeln zu verstehen: neben dem unbefugten Ausstellen von Armutsscheinen, die Erhebung von Armensteuern *in der Kirche* an andern Tagen, als an Kommunion- und Festtagen und die Sammlung von Steuern *von Haus zu Haus*, wenn dies nicht von den anerkannten Armenbehörden und wohltätigen Anstalten oder ohne die erforderliche Bewilligung veranstaltet wird.

Daß Art. 27 nicht jede Art von Steuersammeln unter Strafe stellen will, erhellt auch aus der ratio legis. Der Gesetzgeber wollte offenbar nur diejenige Art des Steuersammelns besonders regeln, über welche eine Kontrolle schwer zu führen ist; dies ist eben bei einer Kollekte in der Kirche

Digitized by Google

oder bei einem Einsammeln von Haus zu Haus der Fall, nicht aber bei einer Sammlung in freier Oeffentlichkeit, wo jeder Anwesende sich über den Zweck der Kollekte vergewissern kann, bevor er einen Beitrag gibt. Deshalb verlangt das Gesetz, daß unter den genannten Umständen eine Bewilligung eingeholt wird. Es ist übrigens zu beachten, daß das Gesetz die *Armenpolizei* gesetzlich regeln will, ein Gebot, daß jegliches Steuersammeln einer amtlichen Bewilligung bedürfe, geht aber über die Zwecke des Gesetzes hinaus.

Von der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung ist heute die Entstehungsgeschichte des Armenpolizeigesetzes zur Unterstützung der von ihnen in vorwürfiger Frage vertretenen Auffassung angeführt worden. Die Entstehungsgeschichte des Armenpolizeigesetzes liefert aber für die vorliegende Frage kein erhebliches Material.

In Art. 27 war ursprünglich ein Hinweis auf Art. 15 enthalten, der aber in der ersten Beratung auf Antrag des Berichterstatters der Regierung gestrichen wurde. Hieraus und aus dem Votum des Berichterstatters leitet nun die Staatsanwaltschaft den Schluß ab, daß Art. 27 über den in Art. 15 aufgestellten Tatbestand hinausgehe. Die Verteidigung andererseits schließt aus den Voten anderer Redner, daß Art. 27 nur die in Art. 15 angeführten Fälle im Auge habe. Die Tatsache, daß in der Beratung der Hinweis des Art. 27 auf Art. 15 gestrichen worden ist, berechtigt für sich allein nicht zur Annahme, daß es der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, Art. 27 auch auf andere Fälle, als die in Art. 14 und 15 aufgezählten, auszudehnen, andere Anhaltspunkte finden sich aber für diese Annahme nicht. Die wörtliche und logische Interpretation führt im Gegenteil zu der Auffassung, daß Art. 27 nur Strafbestimmungen für die Widerhandlungen gegen die Vorschriften der Art. 14 und 15 aufstellt. Es ist hervorzuheben, daß Art. 27 ohne Zweifel auch mit Art. 14 (Ausstellung von Armutsscheinen) in Verbindung steht, daß aber ein ausdrücklicher Hinweis auf denselben sowohl im ursprünglichen Entwurf, als im Gesetze fehlt.

Die gegenteilige Auffassung würde zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen. Es liegt weder im Willen des Gesetzgebers noch in der Auffassung des Volkes, daß für jedes Steuersammeln eine Bewilligung nötig sei und daß ein Steuersammeln ohne Bewilligung mit Strafe belegt werden müsse,

Digitized by Google

Es mag noch beigefügt werden, daß die Auffassung der Polizeikammer dem verfassungsmäßigen Grundsatze der Vereins- und Versammlungsfreiheit günstig ist; der Gerichtshof hat stets die Ansicht vertreten, daß bei Auslegung eines Gesetzes, welches die Einschränkung eines verfassungsmäßigen Rechtes der Bürger (wie Handels- und Gewerbefreiheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit) enthält, zu Gunsten des Verfassungsgrundsatzes zu entscheiden sei.

Nach dem Gesagten ist also anzunehmen, daß der vorliegende Tatbestand nicht unter die Bestimmungen der Art. 15 und 27 des Armenpolizeigesetzes fällt: Frau Hürlimann hat nur bei den *Zuschauern*, nicht aber *von Haus zu Haus* Steuern gesammelt; außer Frage ist, daß es sich in casu nicht um eine Erhebung von Armensteuern in der Kirche handeln kann.

Der in Art. 473, Ziff. 4 St. V. vorgesehene Nichtigkeitsgrund trifft somit im vorliegenden Falle nicht zu, die Staatsanwaltschaft muß daher mit ihrer Nichtigkeitsklage abgewiesen werden."

70. Décret du 13 mars 1900 concernant les formalités à observer pour obtenir des permis de bâtir, etc. Interprétation de l'art. 1er chiffre 1.

Demande en nullité de la part du ministère public, fondée sur art. 473 chiffre 4 c. p. p. [1])

Chambre de Police, arrêt du 21 mars 1908 dans la cause Jean Sommer.

Extrait des considérants:

„3. Les faits incriminés sont les suivants: Le prévenu a construit une remise à fourrage sur son terrain. Cette remise n'est assise sur aucune fondation et n'a, d'après le prévenu, qu'un caractère provisoire. Le prévenu n'a pas demandé, en vue de cette construction, le permis exigé prévu à l'art. 1er chiffre 1 du décret du 13 mars 1900, concernant les formalités à observer pour obtenir des permis de bâtir et la procédure à suivre pour vider les oppositions formées contre des projets de constructions. La disposition légale précitée à la teneur suivante:

[1]) Vgl. den vorhergehenden Entscheid i. S. Hürlimann.

Digitized by Google

„Art. 1er. Un permis délivré par les autorités compé-
„tentes est nécessaire:
„1° Pour la construction de nouveaux bâtiments, de quelque nature qu'ils soient;"

. . . . . .

Reste à examiner si les faits incriminés tombent sous le coup de cet article. Les termes généraux dans lesquels celui-ci est rédigé ne peuvent laisser subsister aucun doute sur la solution à donner à cette question. Un permis est exigé, en effet, pour la construction de nouveaux bâtiments, *de quelque nature qu'ils soient*. Ce texte ne fait aucune différence entre un bâtiment destiné à l'habitation et une grange, une remise ou toute autre construction; le mot bâtiment est donc ici un terme générique, comprenant toute espèce de construction. La seule différence faite dans le décret précité est énoncée à l'art. 5, qui dit: „Le con-
„seil municipal, ou l'autorité municipale chargée de la police
„des constructions, *doit accorder le permis* de construction
„dans les 30 jours à dater de la demande, pour autant qu'il
„s'agit de la construction ou de la transformation de bâti-
„ments isolés sans foyers dont l'assurance contre l'incendie
„sera probablement inférieure à 500 fr., et lorsque des in-
„térêts publics ne sont pas en cause. Est applicable pour
„ces constructions, au cas où les conditions ci-dessus n'exis-
„tent pas, la procédure prévue par les articles ci-après."

Pour la construction de bâtiments ne répondant pas aux conditions énumérées à l'art. 5, il y a donc lieu de suivre une procédure spéciale; pour celles qui réunissent ces conditions, la procédure est simplifiée, mais un permis est cependant exigé et doit être accordé dans les 30 jours à dater de la demande. C'est bien dans cet esprit que le décret en question a été élaboré. M. Morgenthaler, directeur des travaux publics, rapporteur du gouvernement, s'exprimait comme suit au sujet de l'art. 4 qui, plus tard, devint l'art. 5 précité:

„Es handelt sich hier etwa um Bienenhäuschen, Garten-
„pavillons, kleinere Ställe auf Alpweiden, etc. Der Betref-
„fende, der einen solchen Bau ausführen läßt, soll nun ge-
„halten sein, beim Gemeinderat sich anzumelden, etc."
(Bulletin du Grand Conseil, 1899, p. 266). Donc, même pour des ruchers, des pavillons de jardin, ou de constructions de ce genre, — celui qui a l'intention de les construire doit s'annoncer à l'autorité compétente, à l'effet de

Digitized by Google

se faire délivrer un permis. Cette solution se concilie d'ailleurs avec l'art. 1er chiffre 1, d'après lequel un permis est nécessaire pour la construction de nouveaux bâtiments, *de quelque nature qu'ils soient.*

Au cas particulier, le prévenu, en ne sollicitant pas un permis de bâtir, et en construisant sans avoir obtenu celui-ci, a contrevenu au décret du 13 mars 1900 et c'est à tort que le juge de première instance n'a pas fait tomber les faits incriminés sous le coup de ce décret. Au vu de ce qui a été dit sous chiffre 2 ci-dessus, la demande en nullité formulée par le ministère public, doit donc être déclarée fondée et, partant, le jugement de première instance doit être annulé et la cause renvoyée à un juge voisin, conformément à l'art. 476 c. p. p."

71. Kann der Anzeiger Zeuge sein?
Kassation des Verfahrens wegen unzulässiger Kollektivabhörung von Zeugen.

Polizeikammer, i. S. Giuseppe Corti, wegen Diebstahls, vom 30. März 1908.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Die Gebrüder Arn kommen nach der Auffassung der Polizeikammer sowohl als *Anzeiger*, wie als *Zeugen* in Betracht.

Der Diebstahl ist zum Nachteil der Brüder Arn erfolgt. Deshalb erscheinen sie als verletzte Partei. In dieser Eigenschaft unterschrieben sie denn auch die Strafanzeige, welche sie durch Landjäger Bühler abfassen ließen. (Art. 42 Str. V.). — Als Civilpartei haben sie sich nicht gestellt. — Der erstinstanzliche Richter hätte daher die Brüder Arn in erster Linie als *Anzeiger* behandeln sollen.

Der Anzeiger kann zweiffellos auch als *Zeuge* einvernommen werden, insoweit sich seine Angaben auf unmittelbare Sinneswahrnehmung gründen. Eine andere Frage ist natürlich, welcher Beweiswert seiner Aussage zukommt, was der Richter im Urteil bei der Beweiswürdigung zu untersuchen hat. Jedenfalls kommt die Zeugenaussage des Anzeigers in ihrer Beweiskraft nicht der Deposition eines unverdächtigen Zeugen gleich. Der Anzeiger als verletzte Partei ist am Ausgange des Streites interessiert. Der Anzeiger kann als Zeuge einvernommen werden, da er in dem

Digitized by Google

zwischen dem Staate und dem Angeschuldigten sich abspielenden Strafprozesse nicht als Partei auftritt; die strafbare Handlung berührt als solche nur den Staat und die öffentliche Rechtsordnung. (Vgl. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Bd. I S. 473 f. und die daselbst angeführte Litteratur.) Erst nach der Abhörung als Anzeiger hätten die Brüder Arn als Zeugen einvernommen werden sollen und zwar müßte nach der Ermahnung zur Wahrheit ein jeder besonders und unter Austritt des andern verhört werden.

Ob der Vorderrichter die Brüder Arn in der Hauptverhandlung gesondert und einen jeden in Austritt des andern abgehört hat, ist nach den im Protokoll enthaltenen Angaben nicht mit Sicherheit festzustellen. Nach der Fassung des Protokolls könnte man eher annehmen, daß der Richter die beiden Zeugen abgehört hat, ohne jeweilen den andern in Austritt zu weisen. Der Gerichtshof wird in seinem Zweifel noch dadurch bestärkt, daß der Verteidiger im heutigen Termine die Erklärung abgab, der Angeschuldigte hätte ihm versichert, daß jeder der Brüder Arn in Anwesenheit des andern abgehört worden sei. Bei dieser Sachlage muß gemäß der Maxime „in dubio pro reo" angenommen werden, daß in der Tat die beiden Zeugen entgegen der Vorschrift des Art. 323 St.V. jeweilen im Beisein des andern abgehört wurden.

Durch die unzulässige Kollektivabhörung der Brüder Arn in der Voruntersuchung und durch den Verstoß gegen Art. 323 St. V. ist die prozessuale Stellung des Angeschuldigten in erheblichem Maße verschlechtert worden. Die Vorschriften der Art. 222 u. 323 St. V. bilden einen wesentlichen Schutz der Rechte des Angeschuldigten, indem dadurch verhütet werden soll, daß ein Zeuge seine Aussagen nach denjenigen eines andern richtet oder sich durch dieselben beeinflussen läßt. Im vorliegenden Falle hat der Angeschuldigte noch ein erhöhtes Interesse an einer getrennten Abhörung der Zeugen, da dieselben als verletzte Partei am Ausgang des Streites interessiert sind.

Da die begangenen Fehler durch ein Endurteil der Rekursinstanz nicht gehoben werden können, so muß eine Kassation eintreten. Demzufolge wird die Hauptverhandlung vom 16. Dezember 1907, in welcher die unzulässige Zeugenabhörung stattfand, sowie das erstinstanzliche Urteil, welches sich auf die Zeugenabhörung stützt, von Amtes wegen kassiert. Eine Kassation der Kollektivabhörung in der Voruntersuchung ist nicht nötig, da der begangene Fehler durch

Digitized by Google

eine gesetzmäßige Zeugenabhörung in der Hauptverhandlung repariert wird.

Die Sache wird zu besserer Behandlung an den korrektionellen Richter von Aarberg gewiesen."

Justiz-Entscheide des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Referent: Prof. Dr. *Thormann*, Bern.

---

81. La compétence matérielle est d'ordre public et doit être examinée d'office par le juge.

La valeur de l'objet litigieux se détermine d'après les conclusions de la demande et non pas d'après les questions litigieuses que la solution du litige peut provoquer préalablement. Art. 126 c. p. c.

Cour d'Appel et de Cassation, Ire Chambre, 14 décembre 1907, prise à partie de L. Chappuis.

Extrait des considérants:

„2. Dans son mémoire de prise à partie, Léon Chappuis conclut à ce qu'il plaise à la Cour d'appel et de cassation, casser le jugement par lequel le président du tribunal de Delémont s'est saisi du litige ventilant entre la société d'assurance l'Alliance à Berlin comme demanderesse et le plaignant comme défendeur et portant sur une somme de 79 fr., réclamée au plaignant pour une prime d'assurance et frais d'établissement de la police et condamner l'Alliance aux frais du plaignant ensuite de l'instance qui a abouti au jugement attaqué.

Il est clair tout d'abord que même dans l'hypothèse où la décision incrimée devait être annulée, la Cour de céans n'aurait pas à se substituer au président du tribunal de Delémont pour statuer sur les frais de l'incident et qu'en tout état de cause il ne peut être fait droit à ce chef de conclusions.

Au reste, le plaignant a eu tort de soulever un incident foridéclinatoire au sujet de la compétence matérielle qui est d'ordre public et qui doit être examinée d'office par le juge. Ainsi que la Cour de céans l'a admis dans une pratique constante, la coupétence matérielle ne saurait faire

Digitized by Google

l'objet d'une procédure incidente contradictoire — Cfr. Zeitschrift des bern. Juristenvereins, vol. 34 p. 154 et les arrêts y cités. — Si le plaignant estimait le juge de Delémont incompétent ratione materiae pour statuer en la cause, il devait lui exposer verbalement ses raisons et le prier d'examiner la question de compétence, mais devait s'abstenir de prendre des conclusions et de soulever un incident. De son côté, le juge devait se borner à déclarer s'il s'estimait compétent ou non et n'avait pas besoin de rendre un prononcé sous forme d'un jugement motivé. Si Chappuis s'estimait lésé par le jugement au fond et s'il estimait que le juge s'était saisi d'une affaire échappant à sa compétence matérielle, il pouvait recourir pour ce dernier motif à la voie de la prise à partie. Le plaignant reconnaît lui-même qu'il n'aurait pas eu besoin de soulever une exception foridéclinatoire. Si, dès lors, il ne s'est pas contenté d'adresser au juge une simple invitation qui l'aurait obligé d'examiner sa compétence — cfr. Zeitschrift des bern. Juristenvereins vol. 34 p. 155, 3e al. et Revue mensuelle vol. XIV p. 430 — il serait mal venu de se plaindre des frais d'un incident inutile et illégal, qu'il a lui-même provoqués.

Au fond, on doit reconnaître la compétence du juge incrimé pour statuer en la cause. A teneur de l'art. 126 c. p. c. la valeur de l'objet litigieux est à déterminer d'après les conclusions principales du demandeur lesquels portent sur le paiement d'une somme de fr. 79, de sorte que le litige rentre dans la compétence en dernier ressort du président du tribunal — art. 4 c. p. c. — Le fait qu'il s'agit du paiement d'une prime d'assurance réclamée en vertu d'un contrat d'assurance contre les accidents stipulant le paiement de 10 primes annuelles et successives de fr. 75 chacune, ascendant pour la durée du contrat à fr. 750 en totalité et que le plaignant refuse le paiement parce qu'il conteste l'existence du contrat, est indifférent pour résoudre la question de compétence. En effet, d'après l'art. 126 précité, la valeur de l'objet litigieux se détermine d'après les conclusions de la demande, d'après ce qu'il réclame et non pas d'après les questions litigieuses que la solution du litige peut provoquer préalablement (Cfr. Zeitschrift des bern. Juristenvereins vol. 43 p. 472.) Le litige ne portant pas sur la valadité du contrat d'assurance, il est indifférent que le juge saisi doive examiner la question de cette validité pour savoir s'il y a lieu d'adjuger ou de rejeter la demande qui ne porte que sur

Digitized by Google

le paiement d'une prime annuelle dont le montant ressortit à la compétence du président du tribunal. Voir dans ce sens Renaud, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes § 175 p. 532, où il est expliqué que lorsque la demande porte sur le paiement d'une annuité, ce n'est pas le montant de la somme due en capital, mais le montant de l'intérêt réclamé qui fait règle pour l'admission de l'appel.

C'est à tort que le plaignant cherche à étayer sa manière de voir sur l'arrêt reproduit dans la Zeitschrift des bern. Juristenvereins vol. 26 p. 372 et dans la Monatsblatt IV p. 239 par lequel il a été reconnu qu'il n'était pas loisible à un plaideur ayant une réclamation totale et exigible de 399.70 fr. d'en réclamer provisoirement le paiement partiel par 50 fr. devant le juge de paix, quitte à réclamer ensuite le solde au moyen d'un ou de plusieurs procès subséquents. Il a été reconnu que le demandeur ne pouvait pas diviser son action, mais devait l'intenter dans la compétence donnée par le montant total de la réclamation provenant d'une seule et unique cause périodique. On n'a ainsi pas voulu lui permettre de modifier à son gré la compétence matérielle, à moins qu'il ne renonce expressément à réclamer plus tard le surplus non encore porté en justice — Voir Zeitschrift des bern. Juristenvereins vol. 26 p. 384. — Dans ce cas, c'est évidemment le montant auquel le demandeur réduit volontairement sa réclamation qui fait règle pour déterminer la compétence.

L'espèce qui nous occupe ne se présente pas ainsi. D'après le contrat d'assurance, en admettant que ce contrat subsiste pendant les dix années prévues pour sa durée, le montant des primes à payer par le demandeur sera bien en totalité de fr. 750, mais ce montant est divisé par le contrat lui-même en dix primes annuelles de 75 fr. chacune échéant nécessairement du 30 juin 1906 au 30 juin 1916. L'Alliance n'aurait donc pas pu réclamer un paiement de fr. 750 dont les $^9/_{10}$ n'étaient pas exigibles au moment où elle a intenté son action et en actionnant pour la seule prime échue, elle n'a nullement cherché à soustraire son action à l'autorité compétente.

L'arrêt reproduit dans le Monatsblatt vol. XIV p. 428 ne peut pas non plus être invoqué en faveur de la thèse du plaignant. Il dit simplement que si la créance en capital est litigieuse en même temps que l'intérêt, c'est le montant de la créance qui est déterminant pour la compétence et

Digitized by Google

non la réclamation accessoire de l'intérêt; si l'intérêt est seul en litige, de réclamation accessoire il devient réclamation principale et devient déterminant pour la question de compétence,

4. Quant aux prétendus inconvénient que fait valoir le plaignant pour le cas où il serait permis au juge saisi de statuer sur le paiement de la prime réclamée, il ne dépend que de lui de les éviter en faisant trancher par voie reconventionnelle la question de la validité par lui contestée du contrat d'assurance.

5. Ainsi qu'il est de jurisprudence constante la réponse du juge pris à partie constitue un rapport officiel pour lequel il n'a pas de frais à réclamer."

82. Un jugement reposant sur une appréciation erronée des faits matériels du procès n'implique pas un déni de justice de la part du juge. Il faut, pour qu'une prise à partie soit fondée, que le jugement attaqué se caractérise comme un acte de pur arbitraire. § 362 c. p. c. Taxation des frais après l'audience.

Cour d'Appel et de Cassation, Ire Chambre, 18 décembre 1907, prise à partie de P. Petignat.

Extrait des considérants:

„1. — Ainsi que la Cour de céans l'a reconnu à maintes reprises le fait qu'un jugement reposerait sur une appréciation erronée des faits matériels du procès n'implique pas encore un déni de justice de la part de son auteur et ne peut pour autant pas encore être assimilé à l'admission d'un moyen illégal dans le sens de l'art. 362 c. p. c. Il faut, au contraire, que le prononcé attaqué se caractérise comme un acte de pur arbitraire ou, en d'autres termes, il faut que le juge ait violé, soit par dol, soit par négligence grave, son obligation de dire droit conformément aux lois, c'est-à-dire qu'il ait eu recours à de vains prétextes pour ne pas appliquer la loi et qu'ainsi il n'ait dit droit qu'en apparence. Le Tribunal fédéral a, par jugement dans la cause Münger contre Mühlethaler, circonscrit comme suit la notion de l'arbitraire: . . . . . „Un prononcé même très contestable au point de vue matériel, une erreur indéniable dans l'interprétation et l'application de la loi, la méconnaissance du sens et de l'esprit de la loi ne suffisent pas pour faire admettre l'existence d'un déni de justice; il faut, au contraire,

Digitized by Google

pour qu'on puisse parler d'arbitraire, qu'une disposition claire de la loi ait été violée de telle façon qu'on doive nécessairement admettre que le juge s'est laissé guider par autre chose que des considérations objectives". — Cfr. Zeitschrift des bern. Juristenvereins vol. 43 p. 548 —. . . .

3. Le second moyen du plaignant repose sur le fait, reconnu exact par le juge incriminé, que les frais n'ont pas été taxés séance tenante, mais seulement après l'audience et ajoutés après coup au procès-verbal. Aux termes de l'art. 305 c. p. c., les frais auraient dû être taxés dans le jugement au fond et le procédé employé in casu pour la liquidation des frais constitue incontestablement une violation des formes de la procédure. Mais ni le plaignant, ni son avocat n'ont rendu le juge attentif à cette omission, on doit, dès lors, admettre qu'ils étaient d'accord que la taxation ait lieu postérieurement et hors leur présence, de sorte que le plaignant n'est pas recevable à en déduire un moyen de prise à partie. — Cfr. Revue mensuelle de jurispr. bern. vol. XIII p. 338."

88. Der Streit über die prinzipielle Begründetheit oder die Höhe der seitens des Erwerbers einer unbeweglichen Sache gegenüber dem Züger geltend gemachten Ansprüche ist nach Leistung der Sicherheit im ordentlichen Verfahren zu erledigen (Streitwert vorausgesetzt). S. 830 C. G. B.

Appellations- u. Kassationshof, I. Abteilung, 18. Dezember 1907, Beschwerde des O. Aeschlimann.

Entscheidungsgründe:

„Im Termine vom 15. Juni 1907 ist zwischen dem Beschwerdeführer und dem Züger Peter Brunner ein Vergleich zu Stande gekommen mit Bezug auf die dem letztern gemäß Satzg. 830 C. G. auffallenden Leistungen, mit Ausnahme eines einzigen Punktes, welcher vorbehalten blieb, nämlich des von Aeschlimann geltend gemachten Anspruches wegen angeblicher Zeitversäumnisse. Dieser von Brunner grundsätzlich bestrittene Anspruch wurde vorläufig durch Hinterlage von einer Summe von Fr. 8000. — sichergestellt. Zwischen dem Beschwerdeführer und dem beschwerdebeklagten Richter besteht nun Meinungsverschiedenheit hinsichtlich des Verfahrens, das zur Erledigung der zwischen dem Züger und dem Käufer bestehenden Differenz einzuschlagen sei, indem ersterer ein dem in § 326 vorgesehenes, analoges Verfahren eingeschlagen hat, während der Richter

Digitized by Google

der Ansicht ist, daß das ordentliche Prozeßverfahren Platz greifen müsse.

Das bern. C. G. hat nun für derartige Fälle ein Spezialverfahren nicht vorgesehen. In der Praxis ist zwar angenommen worden, daß die Festsetzung der zu leistenden Sicherheit im Verfahren nach § 75 P. erfolgen könne, (vgl. Zeitschr. d. bern. Jur. Ver. Bd. 43 S. 626) und nicht zum Gegenstand eines ordentlichen Prozeßverfahrens gemacht werden solle. Diese Gerichtspraxis hat einzig *den* Zweck, den Erwerber daran zu hindern, das Zugrecht dadurch illusorisch zu machen, daß er die Annahme der angebotenen Leistungen ablehnt, oder sich weigert, dem Züger seine Ansprüche zu spezialisieren. In diesem Falle hat der Gerichtspräsident vorläufig die Höhe der Leistungen des Zügers zu bestimmen, welche dieser innert der Frist von 3 Monaten gerichtlich zu hinterlegen hat (vgl. Zeitschr. Bd. 40 S. 246). Dieses Verfahren greift nur dann Platz, wenn es nicht möglich ist, die Leistungen des Zügers *sofort* ziffernmäßig zu bestimmen, in welchem Falle es dann im Allgemeinen auch nicht möglich sein wird, dieselben innert der in Satzg. 827 C. G. vorgesehenen *3 monatlichen Frist* festzusetzen; es findet sein Ende in der gerichtlichen Bestimmung des Betrages der zu leistenden Sicherheit. Auf diese Weise werden dann auch die Rechte der Parteien genügend gewahrt und es liegt daher kein Grund vor, dieses Spezialverfahren auf *den* Fall auszudehnen, wo der Züger, sei es die *prinzipielle* Begründetheit der seitens des Erwerbers geltend gemachten *Ansprüche*, oder ihre Höhe bestreitet. Da durch die geleistete Sicherheit sowohl die Rechte des Käufers, als auch die Ausübung des Zugrechtes garantiert sind, ist nicht einzusehen, weshalb die noch streitigen Punkte nicht im ordentlichen Prozeßverfahren ihre Lösung finden sollten.

Im Gegensatze zu der vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht, handelt es sich hiebei keineswegs um eine Fortsetzung des Verfahrens zum Zwecke der Sicherheitsleistung, sondern vielmehr um eine Art Festsetzung der Entschädigung, die sich als Folge des Zugrechtes darstellt, weshalb von einer analogen Anwendung des § 326 P. nicht die Rede sein kann und zwar aus dem Grunde nicht, weil deren prinzipielle Begründetheit keineswegs anerkannt, sondern gegenteils bestritten ist. Da der Streit sich um einen Betrag von Fr. 12,000.— dreht (vgl. Art. 48), so hat der beschwerdebeklagte Richter mithin dessen Anhandnahme mit vollem Recht abgelehnt und den Beschwerdeführer angewiesen,

Digitized by Google

seinen angeblichen Anspruch im ordentlichen Verfahren geltend zu machen."

34. Wirkung eines bedingten Abstandes. § 387 C. P.

Appellations- u. Kassationshof, I. Abteilung, 18. Dezember 1907, Beschwerde der Hypothekarkasse des Kantons Bern.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Es ist zunächst zu bemerken, daß ein vor Gericht erklärter *Abstand* einem rechtskräftigen Urteile gemäß § 387 P. gleich zu achten ist. Gleich wie ein Urteil beendigt auch er den Rechtsstreit und läßt keine streitigen Punkte mehr bestehen. Nun ist aber klar, daß der Abstand, um diese Wirkung auszuüben, weder Bedingungen noch Vorbehalte enthalten darf, sondern mit den Klagsbegehren völlig übereinstimmen, d. h. dieselben ihrem vollen Umfange nach anerkennen muß. In Ermangelung dieser Voraussetzungen liegt kein Abstand im Sinne des Gesetzes vor (vgl. Rich. Schmid, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes § 76 S. 386). Damit ein Abstand ein Urteil unnötig mache, muß derselbe sonach vollständig sein, d. h. das Klagsbegehren in vollem Umfange und nicht bloß zum Teil anerkennen; denn wenn irgend ein Punkt noch streitigt bleibt, muß mit Bezug auf das nicht förmlich Anerkannte ein Urteil ergehen."

35. Der Richter hat von Amteswegen darauf zu achten, dass ein Civilrechtsstreit in dem dafür vorgeschriebenen gesetzlichen Verfahren geführt werde. § 65 C P. (Klage aus Haftpflichtgesetz oder aus Art. 50 ff. O. R.)

Appellations- u. Kassationshof, I. Abteilung, 28. Dezember 1907, Beschwerde der Einwohnergemeinde Twann.

Aus den Entscheidungsgründen:

„1. Mit Klage vom 3./8. April 1907 hat Emil Grosjean in Gaicht — wie den Beschwerdeakten zu entnehmen ist — die Einwohnergemeinde Twann auf Schadenersatz belangt wegen eines Unfalles, der ihm am 6. Januar 1906 in seiner Eigenschaft als Aufseher der zur elektrischen Installation der Beschwerdeführerin gehörenden Transformatorenstation Gaicht zugestoßen sein soll. Grosjean stützt seine Klage auf Art. 50 ff., insbes. 54 und 67 O. R. und will die Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin davon ableiten, daß der ihm angeblich zugestoßene Unfall auf eine fehlerhafte Konstruktion der ihr angehörenden „Werke" zurückzuführen sei. Mit Rück-

Digitized by Google

sicht auf die Höhe des eingeklagten Betrages (vgl. Art. 37 — [fr. 23,235] — bis und mit Art. 43 der Klage) erhält man auf den ersten Blick den Eindruck, daß der vorwürfige Prozeß im ordentlichen Prozeßverfahren zu instruieren sei; möglich wäre aber auch, daß es sich um einen auf die Bundesgesetze vom 25. Juni 1881 und vom 26. April 1887 sich stützenden Haftpflichtanspruch handeln würde. Der Unfall, dessetwegen die Einwohnergemeinde Twann auf Schadenersatz belangt wird, ist dem Grosjean in dem Momente zugestoßen als er die Transformatorenstation betrat um sich, in seiner Eigenschaft als von der Gemeinde erwählter Aufseher, über die Ursachen der eingetretenen Störung in der Funktion der elektr. Beleuchtung Rechenschaft zu geben. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1902 betr. die elektr. Schwach- und Starkstromanlagen hat für die Beziehungen zwischen den Betriebsinhabern elektr. Anlagen und ihrer Angestellten und Arbeiter ausdrücklich die Bestimmungen der Haftplichtgesetze vorbehalten.

2. Nach dem Wortlaute des Art. 888 O. R. sind durch dieses Gesetz die eidgen. Haftpflichtgesetze nicht außer Kraft gesetzt worden. Das Opfer eines Betriebsunfalles kann aber nicht nach seinem Belieben zwischen den Spezialbestimmungen über die Fabrikhaftpflicht und denjenigen der Art. 50 ff. O. R. betr. Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen wählen, (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 10., 11. und 13. März 1893 in Sachen der A. G. Jura-Simplonbahn c. Julie Stähelin, A. S. der bundesger. Entsch. Bd. XIV S. 188). Da durch das bern. Gesetz vom 6. Juli 1890 für Streitigkeiten über Haftpflicht ein besonderes gerichtliches Verfahren eingeführt worden ist, so hängt das Schicksal der vorwürfigen Beschwerde lediglich davon ab, ob der Prozeß, den Grosjean der Beschwerdeführerin gegenüber eingeleitet hat, nach den Bestimmungen der Spezialgesetzgebung, oder nach denjenigen des eidgen. Obligationenrechts zu beurteilen ist. Im ersten Fall hätte der beschwerdebeklagte Richter den Grosjean mit vollem Rechte dazu verhalten, gemäß dem im bern. Gesetz von 1890 vorgesehenen Verfahren vorzugehen und hatte auch Recht daran gethan, seine ursprüngliche Verfügung, durch die er der Beschwerdeführerin eine Frist zur Einreichung ihrer Verteidigung bestimmte, aufzuheben, indem der Richter gemäß § 65 P. von Amtes wegen darauf zu achten hat, daß ein gerichtliches Verfahren in der vorgeschriebenen Weise vor sich gehe. Er hatte alsdann auch das Recht,

Digitized by Google

seine erste, gesetzwidrige Verfügung aufzuheben und die Fortsetzung eines ungesetzlichen Verfahrens zu verhindern (vgl. Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 35 S. 372).

Im zweiten Falle dagegen müßte der Prozeß im ordentlichen Verfahren instruiert und infolgedessen die Verfügung vom 3. Mai 1907, durch welche diejenige vom 8. April 1907 rückgängig gemacht und der Kläger Grosjean zur Einleitung des im Gesetzes vom 6. Juli 1890 vorgesehenen Verfahrens verhalten wurde, aufgehoben werden.

3. Das Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 unterstellt die Betriebsinhaber elektr. Anlagen nicht ohne weiteres der Fabrikhaftpflicht, sondern beschränkt sich darauf, zu erklären, daß die bezüglichen Gesetze unverändert in Kraft bleiben. Das Gesetz vom 26. April 1887 betr. die Erweiterung der Haftpflicht erwähnt die elektr. Anlagen nicht. Durch Kreisschreiben vom 13. Dezember 1897 hat der Bundesrat die Anstalten zur Erzeugung elektr. Stromes (Elektrizitätswerke) ebenfalls zu den unter das Fabrikhaftpflichtgesetz fallenden Betrieben eingereiht (vgl. Dr. Mackenrot, Nebengesetze zum schweiz. O. R. S. 55 Anm. 6). Aus der Klage des Grosjean ist nun aber nicht ersichtlich, daß die Einwohnergemeinde Twann außer ihm noch andere Personen in ihrer Elektrizitätsanlage beschäftigt habe, noch auch, daß diese Elektrizitätsanlage in das Register der der Haftpflichtgesetzgebung unterstellen Betriebe eingetragen, bezw. vom Bundesrat als eingetragspflichtig erklärt worden sei.

Da Grosjean mithin den Beweis dafür, daß es sich vorliegend um einen der Haftpflicht unterstellten Betrieb handle, nicht erbracht und dies nicht einmal behauptet hat, so kann sich seine Klage nur auf Art. 50 ff., O. R. oder Art. 27 ff. des Gesetzes vom 21. Juni 1902 stützen und muß deshalb in der That nach den Vorschriften des ordentlichen Verfahrens instruiert werden."

86. Beschwerde gegen ein Urteil in Rechtsöffnungssachen. § 40 Ziffer 5 E. G. zu B. u. K. Die örtliche Zuständigkeit des Betreibungsamtes ist auf dem Wege der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde anzufechten; die Einrede des mangelnden Betreibungsortes wird im Rechtsöffnungsverfahren nicht gehört.

Appellations- u. Kassationshof, I. Abteilung, 28. Dezember 1907, Beschwerde des Staates Bern.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen:

„2. Der Ansicht des beschwerdebeklagten Richters, es könne gegen ein *Urteil* in Rechtsöffnungssachen überhaupt nicht Beschwerde geführt werden, kann ebenfalls nicht beigetreten werden, indem, wenn ein bezügliches Urteil eine Rechtsverweigerung involviert, eben gerade durch die von ihm citierte Gesetzesbestimmung (§ 40 Ziff. 5 E. G.) ein Beschwerderecht gegeben ist. Die vorwürfige Beschwerde stützt sich nun aber gerade auf eine solche Rechtsverweigerung und es ist daher auf eine materielle Prüfung derselben in dieser Hinsicht einzutreten.

3. Nach dem grundlegenden Entscheide des Bundesrates in Sachen Bernhard vom 13. Januar 1893 (Archiv für Schuldbetr. u. Konkurs II, Nr. 1) sind die Bestimmungen des Betreibungsgesetzes über den Betreibungsort (Art. 46-55) zwingendes Recht und deshalb die Betreibungsbeamten verpflichtet, dafür zu sorgen, daß sie beobachtet werden. Der Schuldner kann hiefür nicht auf den Weg des Rechtsvorschlages verwiesen werden, weil laut Art. 69 B. u. K. durch den Rechtvorschlag nur die civilrechtlichen Voraussetzungen der Zahlungspflicht wirksam bestritten werden können, indem nur diese der Beurteilung des Richters unterstellt sind. Die Fragen dagegen, welche nicht die Zahlungspflicht, sondern den Ort und die Form der Zwangsvollstreckung — Betreibungsort und Betreibungsverfahren — betreffen, unterliegen — mit wenigen, vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Ausnahmen — der Entscheidung der Betreibungsbehörden. Es war mit ein Grundgedanke des Betreibungsgesetzes, daß um solcher Formfragen willen keine Prozeße mehr geführt werden müssen (vgl. zweite Botschaft des Bundesrates vom 10. Februar 1888 B.-Bl. 1888 I S. 355).

An dieser Auffassung hat denn auch das Bundesgericht seither festgehalten (vgl. Archiv V, 86, 87 und Reichel, Commentar, Anm. 4 zu Art. 46 B. u. K.). Das vom beschwerdebeklagten Richter angeführte Citat Jäger, Note 6 zu Art. 17 B. u. K., bezw. Archiv IV, Nr. 127, wonach das Bundesgericht entschieden habe, daß in jedem Stadium der Betreibung, bezw. bei jeder neuen Betreibungsbehandlung, ein neues Beschwerderecht gegeben sei, trifft hier nicht zu.

Einmal ist dieser Entscheid nicht genereller Natur (vgl. Ziff. 2 desselben), sodann haben wir es vorliegend nicht mit einem neuen Betreibungsstadium zu tun und ganz besonders vindiziert in diesem Entscheide neuerdings das Bundesgericht

Digitized by Google

die Lösung der Frage des Bestimmungsortes den *Aufsichts*behörden, so daß der *Richter* damit nichts zu tun hat.

Dieser Ansicht ist denn auch der Appellations- u. Kassationshof in mehreren Entscheidungen beigetreten. Es mag in dieser Hinsicht ganz besonders auf die ausführlichen Motive in Sachen Parkett- und Chaletfabrik Interlaken gegen Staat Bern vom 13. Mai 1897 (Mbl. XIV, pag. 172 ff.) und in Sachen Witwe Max Salomon gegen Dr. Franz Müller vom 3. August 1895 (Mbl. XIII, pag. 137 ff.) verwiesen werden (vgl. übrigens noch Reichel, Commentar zu Art. 80 Note 10 in Verbindung mit Art. 83 B. und K.).

Es steht nun unzweifelhaft fest, daß im vorliegenden Fall der vom Gläubiger in Anspruch genommene Betreibungsort Laufen vom Schuldner Frey nicht durch Beschwerde angefochten worden ist. Damit wird ohne weiteres die Kompetenz des Gerichtspräsidenten von Laufen als Rechtsöffnungsrichters gegeben und er durfte sie nicht mehr von der Hand weisen, sondern hatte, da zwischen der Zustellung des Zahlungsbefehles und der Einreichung der Rechtsöffnungsklage ein Domizilwechsel nicht stattgefunden hat, allein zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Art. 80 und 81 gegeben waren oder nicht.

Die Berufung des beschwerdebeklagten Richters auf Reichel, Commentar, Note 5 zu Art. 81 geht vollständig fehl, da sich diese Anwendung auf Absatz 2 dieses Artikels bezieht, welcher mit dem vorliegenden Falle gar nichts zu tun hat.

Es spielt sich somit auch die Frage, ob Steuerforderungen im Sinne von Art. 59 B. V. persönliche Forderungen seien oder nicht, gar keine Rolle, da eben die Zuständigkeit des Richters vorliegend nicht mehr bestritten werden durfte. Daß sie es nicht sind, ergibt sich übrigens indirekt schon aus dem Wortlaut des Art. 61 B. V., der nur die rechtskräftigen *Civil*urteile eines Kantons in der ganzen Schweiz vollstreckbar erklärt. Im weiteren verweisen wir in dieser Beziehung auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Farner vom 15. Juni 1895 und die in demselben weiter angeführte bundesgerichtliche Judikatur (Archiv IV, Nr. 122), ferner auf die Entscheidungen des nämlichen Gerichtshofes Archiv V, Nr. 66 und 87.

Die äußere Form des angefochtenen Entscheides (einfache Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens) kann natürlich den rechtlichen Inhalt desselben nicht ändern. Dieser aber beschränkt sich, wie gesagt, auf eine Kompetenzablehnung.

Digitized by Google

Dadurch hat aber der Richter gerade das, was er hätte tun sollen, nämlich den Fall im angedeuteten Sinne *materiell* zu behandeln, unterlassen und sich infolgedessen einer Rechtsverweigerung schuldig gemacht. Die Beschwerde erscheint somit im Sinne von Art. 40, Ziff. 5 E. G., begründet."

87. Das Recht des Richters, einen Civilrechtsstreit auch in Fällen, die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen sind, einzustellen, ist keine Pflicht.

Appellations- u. Kassationshof, 1. Abteilung, 28. Dezember 1907, Beschwerde des G. von Burg.

Aus den Entscheidungsgründen:

„3. Der Beschwerdeführer behauptet selbst — und zwar mit Recht — nicht, daß der Richter irgend eine Gesetzesbestimmung außer Acht gelassen habe, welche ihn zur Einstellung des Verfahrens verpflichtet hätte, indem der Beschwerdeführer sich in der Tat in keinem derjenigen Fälle befindet, in denen das Gesetz eine solche Einstellung ausdrücklich vorsieht, wie in denjenigen der §§ 32, 37, 55, 212 P. Die Berechtigung des Richters, die Einstellung zu verfügen, ist freilich nicht auf die im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fälle beschränkt. Nach konstanter Praxis (vgl. Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. 19 S. 325, Bd. 26 S. 397, Monatsblatt für bern. Rechtsprechung Bd. 5 S. 201, Bd. 7 S. 209, Bd. 10 S. 203 und Bd. 12 S. 283) steht dem Richter in dieser Beziehung vielmehr ein gewisser Spielraum zu. Seinem Rechte, Termine und Fristen zu bestimmen, entspricht auch dasjenige, ein Verfahren aus genügenden Gründen einzustellen, sofern nämlich die damit verbundenen Vorteile die aus dem Zeitverlust resultierenden Nachteile überwiegen. Es ist dies eine Frage, welche dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt ist. Aus seiner *Berechtigung*, in derartigen Fällen eine Suspension anzuordnen, folgt aber noch keineswegs, daß er *verpflichtet* sei, es zu tun, bezw. daß einer Partei das Recht zustehe, es zu verlangen.

Dadurch, daß der beschwerdebeklagte Richter sich geweigert hat, die anbegehrte Einstellung des Verfahrens zu verfügen, hat er mithin die Rechte des Beschwerdeführers nicht verletzt und letzteren auch keine gesetzliche Rechtshülfe verweigert. Der Beschwerdeführer kann sonach auch keinen Beschwerdegrund daraus herleiten."

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des luzern. Obergerichts.

Referent: Oberrichter Dr. *Pl. Meyer von Schauensee.*

Zur Pertinenzqualität (§§ 207 u. 208 des luz. bürgerl. Gesetzbuches und § 22 des Hypothekargesetzes vom 6. Juni 1861, bezw. Art. 676 u. 946 des Schweiz. Civilgesetzbuches.)

Die Kontrollkommission für die Katasterrevision pro 1908 ersuchte am 30. Mai 1908 den Regierungsrat um Weisung darüber, ob die elektrischen Stark- und Schwachstromleitungen in der Gemeinde geschätzt und ins Grundbuch eingetragen werden sollen, in welchen das betreffende Elektrizitätswerk liegt, oder aber in der oder den Gemeinden, auf deren Territorium die Leitungen sich befinden.

Der Regierungsrat ersuchte dann seinerseits das Obergericht als Aufsichtsbehörde über das Hypothekarwesen um seine Ansichtsäußerung. In seiner Antwort vom 26. Juni vertrat das Obergericht die Ansicht, der § 22 des luzern. Hypothekargesetzes gebe hierüber allerdings keine bestimmte Wegleitung, es scheine ihm aber der Inhalt des zit. § 22, extensiv aufgefaßt, stehe nicht entgegen, um derartigen Leitungen Pertinenzqualität zuzuerkennen. Dies zu tun, sei nach seiner Auffassung um so eher angezeigt, als das Schweiz. Civilgesetzbuch in Art. 676 Leitungen für elektrische Kraft, die sich außerhalb des Grundstückes befinden, dem sie dienen, ausdrücklich als Zubehör des Werkes, von dem sie ausgehen, bezeichne, sofern sich nicht eine besondere abweichende Regelung vorfinde. Des fernern müsse aus Art. 676 in Verbindung mit Art. 946 des gleichen Gesetzes gefolgert werden, daß die Zubehör nur da ins Grundbuch eingetragen werden könne, wo das Hauptwerk liege, wogegen dann allfällig in andern Gemeinden eine Eintragung der *Servitut* zu erfolgen habe, welche durch die Leitung auf einem fremden Grundstück begründet werde. Angesichts dieser Regelung der kantonalrechtlich unentschiedenen Sache durch das zukünftige schweizerische Recht, hält das Obergericht die Eintragung der Leitung in das Grundbuch der Gemeinde, in welcher das Elektrizitätswerk liegt, für gegeben.

Der Regierungsrat pflichtete in einer unterm 4. Juli an die Kontrollkommission für Katasterrevision gerichteten Schreiben im Allgemeinen dieser Auffassung des Obergerichts bei, immerhin in dem Sinne, daß nur die *Leitungen*, d. h. die *Stangen* und *Drähte*, als solche Pertinenzen eines Elek-

Digitized by Google

trizitätswerkes zu betrachten seien, die in derjenigen Gemeinde, in welcher daz Hauptwerk liege, eingetragen und mit diesem geschätzt werden sollen. Dagegen hält es der Regierungsrat sowohl vom steuerrechtlichen als vom hypothekarrechtlichen Standpunkt aus nicht für zulässig, daß weitere Zubehörden zu einem Elektrizitätswerk, wie z. B. *Transformatorenstationen* etc. anders als in der Gemeinde, wo sie sich befinden, eingetragen und geschätzt werden können.

In einer Zuschrift des Obergerichts an den Regierungsrat, datiert vom 21. Juli abhin, empfahl das Obergericht die oben mit Rücksicht auf die im neuen schweizerischen Civilgesetzbuch geltend gemachte extensive Ausdehnung des § 22 Hypothekargesetzes auch bezüglich Wasserversorgungen und Acetylen-Beleuchtungsanlagen, immerhin mit der Restriktion, daß, wenn aus dieser freilich zunächst nur von privatrechtlichen Gesichtspunkten aus gegebenen Lösung, auf steuerrechtlichem Gebiete, Schwierigkeiten sich ergeben sollten, es dann als Sache der Gesetzgebung zu erklären wäre, für solche öffentlichrechtliche Verhältnisse besondere Normen aufzustellen.

Der Regierungsrat wies dann wiederum unterm 22. Juli abhin die Kontrollkommission für die Katasterrevision an, die Leitungen der Wasserversorgungen und Acetylenbeleuchtungen, d. h. die Röhren als Pertinenz des Hauptwerkes in das Grundbuch derjenigen Gemeinde einzutragen, in welcher sich das Hauptwerk befinde. Dagegen sollen Rerservoirs und dergleichen Einrichtungen als selbständige Objekte betrachtet und demgemäß in der Gemeinde, wo sie angebracht sind, geschätzt und eingetragen werden.

Zur Interpretation des § 6 in Verbindung mit § 105 C. R. V.

Es wurde neuerdings festgestellt, daß der Zeitpunkt der Litispendenz mit der *Einreichung der Rechtsschriften*, nicht erst mit der *Zustellung* derselben gegeben sei (Präjudiz Nr. 875 vom Jahr 1900), für die Beurteilung der Inhaltung der Frist, sei daher nicht der Zeitpunkt maßgebend, wo der Friedensrichtervorstand anbegehrt, sondern derjenige, an dem er *abgehalten* wurde. Beides gilt sowohl für die Widerklagen als auch für Klagen mit abgekürzter Klagefrist. Der Zeitpunkt der Litiscontestation spielt in dieser ganzen Frage keine Rolle.

Obergericht, 16. Oktober 1908 (Küchler-Achermann gegen R. Vogel, und Chr. Eckert u. A. Müller gegen Ed. Bucher).

Digitized by Google

Aus der Rechtsprechung des soloth. Obergerichts

Referent: Oberrichter Dr. *Spillmann*, Solothurn.

---

14. Die Unterstützungspflicht der Kinder gegenüber den Eltern nach kantonalem Recht. — Ueber die Mortabilitätstabellen gesunder und kranker Menschen. — Kapitalabfindungs- und Zufallsabstriche bei Haftpflichtentschädigungen.

Der 22 ½-jährige, ledige Zimmermann G. H. erlitt im Januar 1907 anläßlich einer Arbeit bei einem Neubau durch Sturz von einem zirka 4 Meter über dem Boden sich befindlichen Gerüst einen tötlichen Unfall. Die Mutter des Verunfallten verlangt eine Entschädigung von Fr. 4400. 80 nebst Zinsen. Sie ist 53 Jahre alt, gebrechlich, leidet an Lungenerweiterung und Arterienverkalkung, ohne daß aber ihre Lebensaussichten ungünstig seien, wie ein Arztzeugnis konstatiert. Ihre Arbeitsfähigkeit ist auf ein Minimum reduziert; Vermögen besitzt sie nicht. Ihre drei noch lebenden Kinder sind infolge Schwächlichkeit zur Unterstützung ungeeignet. Es darf als festgestellt gelten, daß einzig der verunglückte Sohn für den Unterhalt der Mutter in Betracht fallen konnte. Sein Taglohn betrug Fr. 4.40 (Jahresverdienst bei 280 Tagen 1232 Franken). Dabei ist aktenkundig, daß er äußerst solid und fleissig war und seinen gesamten Verdienst der Haushaltung seiner Mutter zukommen ließ.

Die Beklagte anerkennt prinzipiell die Entschädigungspflicht; bestritten ist bloß das Quantitativ. Zu seiner Bestimmung sind hauptsächlich drei Fragen zu erörtern:

a) Welche Grundsätze hat das kantonale Recht für die Beitragspflicht der Kinder gegenüber ihren bedürftigen Eltern aufgestellt?

b) Welches ist der Geltungsbereich der Mortabilitätstabellen von Soldan, die gewöhnlich der Berechnung bei Unfallsentschädigungen zu Grunde gelegt werden?

c) Welche Abstriche sind von der zuzusprechenden Summe vorzunehmen?

Ad a. Die Alimentationspflicht der Kinder ihren Eltern gegenüber wird durch § 150, Al. 2 des soloth. C. G. B. reguliert. Die Bestimmung lautet: „Die Kinder, sie mögen unter der elterlichen Gewalt stehen oder nicht, sind ferner verbunden, ihre Eltern nach Kräften zu unterstützen und sie im Verarmungsfall nach ihrem Vermögen anständig zu

Digitized by Google

unterhalten." Nach dieser Vorschrift richtet sich die Höhe der Unterstützung nach dem Vermögen der Kinder. Je größer das Vermögen ist, desto höher ist auch der Unterstützungsbeitrag zu bemessen. Den gleichen Gedanken bringt das Gesetz zum Ausdruck, wenn es von einer „anständigen" Unterhaltspflicht spricht. Ein Beitrag, der den Eltern gestatten würde, gerade ihr Leben zu fristen, genügt nicht, sondern der Zuschuß muß ihnen einen *anständigen* Lebensunterhalt gewähren. (Vergl. auch Reinert, Kommentar zum alten C. G. B., § 251.) Der Verunfallte besaß nun kein Vermögen; ein Zuschuß wird für ihn nur aus seinem Erwerbe möglich und es ist klar, daß seine jährliche Beitragspflicht innerhalb dieser Grenze zu bestimmen ist. Deshalb ist zu untersuchen, was der Unterstützungspflichtige für sich verwenden darf. Die im Prozeß bewiesene Tatsache, daß der verunfallte Sohn seinen ganzen Verdienst der Mutter übergab, kann für die Berechnung der Beitragspflicht nicht maßgebend sein. Nicht darauf kommt es an, was der Sohn geleistet hat, sondern was er hätte leisten *müssen*, sofern er seiner Rechtspflicht nicht genügt hätte. (Vergl. z. B. B. G. E. Bd. XXII, pag. 778 ff.) Dabei sind aber die gesamten nicht nur momentanen Lebensverhältnisse in Betracht zu ziehen. So ist vorab wahrscheinlich, daß sich der Verdienst des anerkannt fleißigen jungen Mannes mit der Zeit erhöht hätte; auf der andern Seite muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß sich der Verunfallte verheiratet hätte, wodurch er für sich und seine Familie notwendigerweise mehr Aufwendungen gehabt hätte. Diese und ähnliche Erwägungen führten dazu, die Beitragspflicht bis zum 29. Altersjahr auf 400 Fr. (zirka $^1/_3$ des Jahresverdienstes zur Zeit des Unfalls), von dort an auf 200 Fr. zu fixieren.

Ad b. Die Tatsache, daß die Klägerin an Arterienverkalkung und Lungenerweiterung litt, hat die Beklagte zur Behauptung veranlaßt, es könne ihre mutmaßliche Lebensdauer nicht wie üblich nach den Mortabilitätstabellen von Soldan bestimmt werden. Dieselben hätten nur Geltung für gesunde, nicht aber für kranke Menschen und könnten deshalb für die Klägerin, die erwiesenermaßen krank sei, nicht in Betracht kommen. Richtig ist, daß die Soldan'schen Tabellen, welche dem Handbuch von W. Karup entnommen sind, für gesunde Menschen aufgestellt sind. Dies geht aus dem genannten Handbuch selber hervor, in welchem neben diesen Tabellen noch solche für kranke Personen angeführt

Digitized by Google

sind. Eine Vergleichung beider führt zum überraschenden Resultat, daß die Differenz in der wahrscheinlichen Lebensdauer im allgemeinen unbedeutend ist. So beträgt sie für die 53-jährige Frau bloß 1/2 Jahr. Schon von diesem Gesichtspunkt aus hat demnach die beklagtischeBehauptung geringen praktischen Wert; sie ist aber überhaupt nach der Aktenlage abzulehnen. Die Leiden der Klägerin sind Krankheitserscheinungen, die vorzugsweise mit dem zunehmenden Alter in Zusammenhang stehen. Daraus darf der Schluß gezogen werden, daß die Tabellen für *gesunde* Menschen, die Wahrscheinlichkeitsberechnungen sind und organische Veränderungen, die durch das Alter bedingt werden, naturgemäß berücksichtigen, gerade weil die Leiden nicht Ausnahme, sondern Regel sind, zur Anwendung gebracht werden müssen. Der Richter hat dies auf alle Fälle so lange anzunehmen, bis in einem gewissen hohen Grade die Wahrscheinlichkeit gegeben ist, daß eine Person infolge ihres pathologischen Zustandes nicht mehr die gewöhnliche Lebensdauer haben wird. Dies trifft aber für die Klägerin nicht zu; im Gegenteil sind ihre Lebensaussichten laut ärztlichem Attest nicht ungünstig.

Ad c. In Frage stehen schließlich noch Abstriche für Kapitalabfindung und Zufall. Für eine Reduktion wegen Kapitalabfindung hat sich das Obergericht in Anlehnung an die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes nur dann entschieden, wenn die Entschädigungssumme dem Verunfallten erlaubte, einen neuen Erwerbszweig auf kapitalistischer Grundlage zu gründen. Bei der Klägerin ist dies ausgeschlossen. Sie wohnt auf dem Lande, lebt inmitten bäuerlicher Verhältnisse. Sie ist infolge ihres Alters bereits arbeitsunfähig und kann demgemäß ihr Kapital nur zinstragend anlegen. Jede weitere Verwendung ist ihr benommen, so daß für sie ein Nutzen aus der Kapitalabfindung nicht entstehen wird. Ein Abstrich ist deshalb nicht vorzunehmen.

Der Zufallsabstrich ist gesetzlich vorgeschrieben. (Art. 5 B. G. F. H. G. lit. a). Es ist deshalb zu untersuchen, ob Zufall vorliege. Dabei ist vorab festzulegen, was unter Zufall zu verstehen ist. Die Frage ist streitig geworden durch die Auffassung Scherers in seinem Kommentar „Haftpflicht des Unternehmers" und diejenige Kaisers in seiner Abhandlung in der „Zeitschrift für schweiz. Recht", Bd. 25 n. F., S. 413 ff. Beide Autoren äußern sich dahin, daß Zufall im Haftpflichtrecht nur anzunehmen sei, sofern ein Unfall nicht

Digitized by Google

durch Verwirklichung der speziellen Betriebsgefahr der haftpflichtigen Unternehmung verursacht worden sei. Das soloth. Obergericht hat sich in mehreren Entscheidungen auf diesen Standpunkt gestellt, im vorliegenden Fall dagegen seine Praxis wieder geändert, weil das Bundesgericht die Auffassung Scherers und Kaisers, vorzugsweise mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes in den eidgenössischen Räten, dann aber auch in Anlehnung des Gesetzestextes selbst, als unrichtig abgelehnt hatte. Es liegt demnach nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes immer dann Zufall vor, wenn das Unfallsereignis (abgesehen von der höhern Gewalt, dem Vergehen oder Verbrechen Dritter und des ausschliesslichen Selbstverschuldens) weder auf ein Verschulden des Unternehmers noch des Arbeiters zurückzuführen ist. Nach dieser Festlegung des Begriffes ist zu untersuchen, ob die Beklagte ein Verschulden am Unfall treffe. Art. 2 des B. G. betr. Arbeit in den Fabriken stellt an den Unternehmer die allgemeine Anforderung, daß er zur Sicherheit gegen Verletzungen alle erfahrungsgemäß und durch den jeweiligen Stand der Technik gebotenen, sowie die durch die gegebenen Verhältnisse ermöglichten Schutzmittel anwende. (Vergl. auch B. G. E. Bd. XXIII 2, p. 1174.) Eine vom eidg. Fabrikinspektor im Jahre 1898 verfasste Anleitung zur Verhütung von Unfällen im Baugewerbe erwähnt in Ziffer 10, daß bei einem Gerüst für Arbeiten der Zimmerleute unter anderm ein Fussladen und eine Brustwehr angebracht werden müsse. Es ist unbestritten, daß die Brustwehr fehlte. In dieser Unterlassung erblickte das Gericht ein Verschulden der Unternehmung, obgleich nicht festgestellt war, wie sich der Unfall ereignet hatte. Es lag doch eine große Wahrscheinlichkeit vor, daß der Unfall beim Vorhandensein der Brustwehr nicht vorgekommen wäre. Auch konnte durch die Beklagte nicht dargetan werden, daß durch das Anbringen einer Brustwehr die Arbeit des Verunfallten ausgeschlossen oder wesentlich beeinträchtigt gewesen wäre. Deshalb wurde der Zufallsabstrich verneint und die Gesamtentschädigung unter Annahme der sub *a* ermittelten jährlichen Beitragspflicht und einer wahrscheinlichen Lebensdauer der Klägerin von 18 Jahren auf Fr. 3981. 80 festgesetzt.

10. Oktober 1907.

Digitized by Google

Band XLIV Januar 1908 Heft 1

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes

sowie der

Kantone Bern, Luzern und Solothurn.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. **W. Burckhardt** in Bern, Notar **J. Fellmann** in Bern, Oberrichter **Folletête** in Bern, Bundesrichter Dr. **V. Merz** in Lausanne, Oberrichter Dr. **P. Meyer von Schauensee** in Luzern, Obergerichtsschreiber **H. Mosimann** in Bern, Bundesrichter Dr. **A. Reichel** in Lausanne, Kammerschreiber **A. Rollier**, Fürsprecher in Bern, Oberrichter Dr. **H. Spillmann** in Solothurn, Kammerschreiber **F. Stämpfli** in Bern, Bundesrichter **A. Stooss** in Lausanne und Prof. Dr. **Thormann** in Bern

redigiert von

Dr. **Max Gmür**, Professor des Rechts in Bern.

Der Zeitschrift des bern. Juristenvereins" XLIV., des „Monatsblatt für bern. Rechtsprechung" XXV. Jahrg.

Abonnementspreis:

Jährlich Fr. 9.—, für Deutschland 9 M.

Abonnements, Bestellungen einzelner Hefte und Inserataufträge nimmt entgegen die Expedition **Buchdruckerei W. Gassmann in Biel.**

Manuskripte und Rezensionsexemplare sind an die **Redaktion,** Sonnenbergstr. 3, **Bern** zu senden.

BIEL

Druck und Expedition W. Gassmann

1908.

Insertionspreis: 15 Cts. die gespaltene Petitzeile.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Vereinheitlichung der Zitiermethode in der schweizer. Rechtswissenschaft, von Dr. *Paul Wäber* 1

Une nouvelle forme de l'initiative constitutionelle fédérale, par le prof. Dr. W. *Burckhardt* 7

Die Haftpflicht der Automobile, von Prof. Dr. *Max Gmür* . . 10

Verschiedenes.

Kreisschreiben der Polizeikammer des Appell.- u. Kassationshofes des Kantons Bern an die Gerichtspräsidenten betr. bedingten Straferlass 14

Litteraturanzeigen 15

Rechtsprechung

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts

1. Haftpflicht aus Gewerbebetrieb; Betriebsunternehmer . 20
2. Haftpflicht aus Gewerbebetrieb; Betriebsunfall 21

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

1. Haftung aus Fabrikbetrieb. Betriebsunfall. Zufallsabzug. Abzug für Kapitalabfindung.
2. Art. 19 des Gesetzes betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen; Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten unter sich und gegenüber Dritten 26
3. Zugrecht 31
4. Art. 127 c. p. c. Connexité; taux du litige 37

Aus der bern. Strafrechtspraxis. Jahrgang 1907.

1. Prinzip der Mündlichkeit im Rechtsmittelverfahren . . 37
2. Zum Tatbestand des Wuchers 39
3. Notwehr 39
4. Zwischenurteile, Vorhandensein eines gült. Strafantrages 39
5. Grundsatz der Unzulässigkeit der Reformatio in pejus 40

(Fortsetzung auf Seite 3 des Umschlages.)

Digitized by Google

Band XLIV Mai 1908 **Heft 5**

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. **W. Burckhardt** in Bern, Notar **J. Fellmann** in Bern, Oberrichter **Folletête** in Bern, Bundesrichter Dr. **V. Merz** in Lausanne, Oberrichter Dr. **P. Meyer von Schauensee** in Luzern, Obergerichtsschreiber **H. Mosimann** in Bern, Bundesrichter Dr. **A. Reichel** in Lausanne, Kammerschreiber **A. Rollier** in Bern, Oberrichter Dr. **H. Spillmann** in Solothurn, Kammerschreiber **F. Stämpfli** in Bern, Bundesrichter **A. Stooss** in Lausanne und Prof. Dr. **Thormann** in Bern

redigiert von

Dr. **Max Gmür,** Professor des Rechts in Bern.

Der Zeitschrift des bern. Juristenvereins" XLIV., des „Monatsblatt für bern. Rechtsprechung" XXV. Jahrg.

Abonnementspreis:
Jährlich Fr. 9.—, für Deutschland 9 M.

Abonnements, Bestellungen einzelner Hefte und Inserataufträge nimmt entgegen die Expedition **Buchdruckerei W. Gassmann in Biel.**

Manuskripte und Rezensionsexemplare sind an die **Redaktion,** Sonnenbergstr. 3, **Bern** zu senden.

BIEL
Druck und Expedition W. Gassmann
1908.

Insertionspreis: 15 Cts. die gespaltene Petitzeile.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Zur Geschichte des Minorates und der Majorate im alten Bern, von Dr. L. S. v. Tscharner 463

Obergerichtspräsident R. Leuenberger †. Grabrede von Oberrichter F. Büzberger 471

Rechtsprechung

Aus der Rechtsprechung des Bundesrates.

17. Wahl in den Regierungsrat 476
18. Art der Abstimmung über ein Initiativbegehren . . 477

Vollziehung bundesgerichtlicher Urteile.

19. Vollziehung eines bundesgerichtlichen Urteils . . . 477

Eidg. Verwaltungsgesetze.

20. Anwendung des kant. Lehrlingsgesetzes auf Fabriken 478
21. Patenttaxen der Handelsreisenden 478
22. Armenrecht in Haftpflichtsachen 479
23. Beerdigungskosten 479

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

29. Anfechtbarkeit eines Versicherungsvertrages zu Gunsten eines Dritten nach Art. 286 und 288 Sch. K. G. . . 479

Aus der Rechtsprechung des bern. Appellations- und Kassationshofes in Civilsachen.

Jahrgang 1907.

38. Zugrecht 483
39. Forum arresti für die Klage des Arrestnehmers . . 487
40. Kollokationsplan; Satzung 487 C. G. B. und § 65 E. G. z. B. u. K.: Grundpfandrecht; Pfandnexus 488

(Fortsetzung auf Seite 3 des Umschlages).

Digitized by Google

Band XLIV Dezember 1908 Heft 12

Zeitschrift

des

Bernischen Juristenvereins

und

Monatsblatt für bernische Rechtsprechung

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung des Bundes
sowie der
Kantone Bern, Luzern und Solothurn.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. W. Burckhardt in Bern, Notar **J. Fellmann** in Bern, Oberrichter **Folletête** in Bern, Bundesrichter Dr. **V. Merz** in Lausanne, Oberrichter Dr. **P. Meyer von Schauensee** in Luzern, Obergerichtsschreiber **H. Mosimann** in Bern, Bundesrichter Dr. **A. Reichel** in Lausanne, Kammerschreiber **A. Rollier** in Bern, Oberrichter Dr. **H. Spillmann** in Solothurn, Kammerschreiber **F. Stämpfli** in Bern, Bundesrichter **A. Stooss** in Lausanne, Prof. Dr. **Thormann** in Bern und Fürsprecher **F. Zeerleder** in Bern

redigiert von

Dr. **Max Gmür,** Professor des Rechts in Bern.

Der Zeitschrift des bern. Juristenvereins" XLIV., des „Monatsblatt für bern. Rechtsprechung" XXV. Jahrg.

Abonnementspreis:
Jährlich Fr. 9.—, für Deutschland 9 M.

Abonnements, Bestellungen einzelner Hefte und Inserataufträge nimmt entgegen die Expedition **Buchdruckerei W. Gassmann in Biel.**

Manuskripte und Rezensionsexemplare sind an die **Redaktion,** Sonnenbergstr. 3, **Bern** zu senden.

BIEL
Druck und Expedition W. Gassmann
1908.

Insertionspreis: 15 Cts. die gespaltene Petitzeile.

Google

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Der Gerichtsstand der „Widerspruchsklage“, von Dr. Emil Huber, Bundesgerichtssekretär, in Lausanne 649

Bernischer Juristenverein. Diskussionstag über den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Z. G. B. 663

Literaturanzeigen 674

Rechtsprechung

Aus der neuesten Praxis des Bundesgerichts.

34. Natur des Rechtsverhältnisses zwischen einer Gemeinde, als Inhaberin einer Wasserversorgungsanlage, und den Wasserbezügern 680

Aus der bernischen Strafrechtspraxis.

62. Begriff der Unterscheidungskraft bei jugendlichen Delinquenten 682
63. Erklärung einer Partei, daß sie das Urteil annehme 683
64. Regierungsrätliche Vollziehungsverordnung zum B. G. über Jagd und Vogelschutz 684
65. Weigerung des Verletzten, sich einer Operation zu unterziehen 685
66. Einstellung des Strafverfahrens gemäß Art. 207 des B. G. betreffend Schuldbetreibung und Konkurs . . 686
67. Art. 235 St. V. 687
68. Urteil, das die Unzuständigkeit des Richters ausspricht. Entschädigung 687
69. Nichtigkeitsklage der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 473, Ziff. 4 St. V. Armenpolizeigesetz. Begriff des verbotenen Steuersammelns 688
70. Décret du 13 mars 1900 concernant les formalités à observer pour obtenir des permis de bâtir, etc. . . 691
71. Kann der Anzeiger Zeuge sein? Unzulässige Kollektivabhörung von Zeugen 693

(Fortsetzung auf Seite 3 des Umschlages).

R 11
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google